

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
FACULTAD DE DERECHO



TESIS DOCTORAL

**El estatuto de la mujer soltera o viuda en el derecho privado
español**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR
PRESENTADA POR

José Luis Álvarez Álvarez

Madrid, 2015

Rd. 54.366

~~654~~

JOSE LUIS ALVAREZ
ALVAREZ

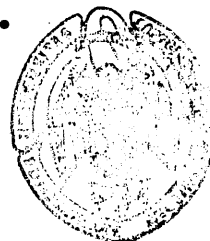
TE
182

EL ESTATUTO DE LA MUJER SOLTERA O VIUDA
EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

= = = = =

Í N D I C E

- I.- Referencia histórica.
- II.- Situación en el D. comparado vigente.
- a/. Austria.
 - b/. Bélgica.
 - c/. Francia.
 - d/. Alemania Oriental y Occidental.
 - e/. Grecia.
 - f/. Italia.
 - g/. Holanda.
 - h/. Rusia.
 - i/. Suecia.
- III.- Situación en el D. español de la codificación.



BIBLIOTECA
DE DERECHO

i 37820850

-2-

IV.- El problema del sexo y la capacidad jurídica en la doctrina española.

V.- Situación en el D. español vigente.

A.- En los Códigos civil y mercantil.

B.- En las Leyes fundamentales.

a). El Fuero del Trabajo.

b). El Fuero de los Españoles.

c). La Ley de Principios del Movimiento Nacional.

C.- Leyes posteriores sobre la mujer.

1. La ley de 24 de Abril de 1.958.

2. La ley de 22 de Julio de 1.961.

3. La ley de 22 de Julio de 1.972.

VI.- Conclusiones del estudio del D. español vigente: sus -- principios generales en esta materia.

VII.- Diferencias subsistentes en cuanto a la capacidad jurídica de la mujer soltera o viuda.

1. Régimen de la nacionalidad.

A. Diferencia por razón del sexo.

B. Matrimonios de españoles con extranjeros.

a/ Con efectos civiles reconocidos por ambas -- leyes personales.

b/ Con efectos civiles no reconocidos por alguna de sus leyes personales.

c/ Con efectos civiles no reconocidos por ninguna de sus leyes personales.

C. Examen de los arts. 18 y 19 C.c.

D. La extensión de la nacionalidad del marido a -- la mujer.

2. Régimen de la tutela.

- a). El capítulo II del Título IX del libro Primero del C.c.
- b). La tutela de menores.
- c). La tutela de locos y sordomudos.
- d). La tutela de los pródigos.
- e). La tutela de los interdictos.
- f). Capacidad para ser tutor y excusas.
- g). Composición del Consejo de Familia.

3. El matrimonio.

- a) Examen del artículo 45 C.c.
 - 1º/. Si la mujer está encinta.
 - 2º/. Si la mujer no está encinta.
- b) Examen de la edad para contraer matrimonio.
- c) Examen del artículo 101,3º C.c.

4. Relaciones de la madre soltera o viuda con sus hijos.

- A. Hijos reconocidos exclusivamente por su madre soltera.
 - 1. Caso del hijo ilegítimo por su padre y natural por su madre.
 - 2. Caso de la madre menor de edad.
- B. Hijos reconocidos primero por la madre y después por un varón.
- C. Hijos reconocidos por su madre soltera que --
contrae posterior matrimonio.
- D. Hijos reconocidos por su madre después de contraer matrimonio.
- E. Hijos naturales o legítimos de la mujer viuda.

F. Hijos adoptivos de la mujer soltera o viuda.

5. Régimen de la ausencia.

6. La dote obligatoria.

a) Referencia histórica.

b) Desuso de la institución. Distintas circunstancias sociales y económicas.

c) La dote obligatoria en el régimen del Código civil.

1. Quién está obligado a dotar.

2. Qué hijas tienen derecho a dote.

3. Pérdida del derecho a la dote obligatoria.

4. Momento de pedir la dote obligatoria.

5. Cuantía de la dote obligatoria.

6. Forma de pago de la dote.

7. Derechos del marido a la dote obligatoria.

8. La renuncia a la dote obligatoria.

9. Imputación de la dote obligatoria.

7. Derechos especiales de la viuda.

8. Otras disposiciones del Código civil.

VIII.- La influencia del sexo en el Derecho foral. Especialidades de la mujer soltera o viuda.

a/. Compilación de Vizcaya.

b/. Compilación de Baleares.

c/. Compilación de Galicia.

d/. Compilación de Aragón.

e/. Compilación de Cataluña.

f/. Compilación de Navarra.

IX.- La influencia del sexo en el Derecho penal.

1. Casos en que se tipifica el delito por ser sujeto pasivo una mujer.
 - a) Violación.
 - b) Estupro.
 - c) Rapto.
2. Casos en que se tipifica el delito por ser la mujer-sujeto activo.
 - a) Infanticidio.
 - b) Aborto.
3. Casos en que por razón del sexo se establece una diferencia en la normativa jurídico-penal.
 - a) Adulterio.
 - b) Abusos deshonestos.
 - c) Abandono de niños.
 - d) Otros delitos y faltas.

X.- Conclusiones.

I.- REFERENCIA HISTÓRICA

Es indiscutible que hasta este siglo, como norma general, la mujer ha sido considerada inferior al hombre y necesitada de especial protección. En una palabra que la - mujer, por el hecho de serlo, por razón de su sexo, no era una persona con plena capacidad.

Demostrar que esto ha sido así no parece casi ni necesario. Adentrarnos en una investigación histórica, complicada, si hemos de acudir a las fuentes, no parece útil. Nos vamos a contentar con traer aquí los testimonios, elaborados la mayor parte de las veces por historiadores, y - otros autores jurídicos que se han ocupado del tema, para dar una imagen sencilla de lo que ha sido la situación de - la mujer, no de la casada, de la que nos ocuparemos más -- tarde, sino principalmente de la que no lo está, durante - las épocas de desenvolvimiento de la cultura humana.

(1)
Ya SUMMER MAINE dice que la tutela de las muje - res, tan frecuente en muchas civilizaciones, no tuvo por - fin protegerlas contra la debilidad del sexo, ni se funda - ba en consideraciones de conveniencia pública o privada, - sino que fue un corolario de la primitiva organización so - cial, en la que la mujer no tenía capacidad, y por consi -

guiente no era nunca emancipada.

En los primeros pueblos históricos: Israel, Mesopotamia, India, Egipto, Grecia, la situación de la mujer era en general reflejo de esa inferioridad.

En la India la mujer es objeto de una incapacidad civil permanente. Como se lee en el Código de MANU ⁽²⁾, "La mujer durante su infancia depende de su padre; durante su juventud de su marido; muerto su marido, de sus hijos; si no tiene hijos de los próximos parientes; y a falta de ellos de los de su padre; si no tiene parientes naturales del soberano; una mujer nunca debe gobernarse a su voluntad".

No quiere decir esto que no se aprecie a veces la virtud de la mujer. El mismo Código dice: "Las mujeres deben ser objeto de toda clase de respetos y atenciones -- por parte de sus padres, hermanos y maridos".

Pero a pesar de ello su condición es siempre de inferioridad. En caso de disolución del matrimonio por -- muerte de alguno de los cónyuges, el viudo queda libre y puede contraer nuevas nupcias, mientras que la viuda habrá de permanecer en ese estado toda su vida, y aun en épocas anteriores al Código debía quemarse en la misma pira que el cadáver de su marido. La herencia de los padres es reservada a los hijos exclusivamente, quedando las hembras apartadas de ella, sin más obligación por parte de los varones que dotar a sus hermanas que se casen con una parte de la herencia que no exceda del cuarto del caudal relicto. Dentro del hogar y con referencia a su marido queda re

ducida a la categoría de sierva de su esposo ⁽³⁾. Y de la -
descendencia solo la masculina es recibida con júbilo, ya-
que solo mediante ella queda asegurado el culto de los an-
tepasados ya que "no se abren las puertas del paraíso para
quienes no dejan algún descendiente varón".

En Israel, antes de la venida de Nuestro Señor -
Jesucristo, la condición de la mujer era notablemente mejor
que en la India. Sin embargo el régimen patriarcal daba al
padre de familia una autoridad enorme para disponer de la-
vida o libertad de sus descendientes, y el derecho de repu-
diar a la mujer era concedido a los varones con carácter -
general, y en cambio a las mujeres solo por excepción: en-
casos de enfermedad contagiosa del marido, sevicia habitual,
falta de alimentos, etc. Y desde Moisés se acentuó la dig-
nidad de la mujer y se limitaron las causas de repudio, --
siendo incluso el que repudiaba a su esposa "un hombre - -
odioso a los ojos del Señor".

⁽⁴⁾
Según JACQUES PIRENNE, el estatuto de la mu-
jer en el derecho hebraico más reciente, anterior a Cristo,
en el período posterior a las conquistas de Alejandro Mag-
no, se puede resumir así: La mujer no es una perpétua me-
nor. No obstante, mientras está soltera vive bajo la auto-
ridad de su padre, y una vez casada bajo la de su marido;-
posee capacidad jurídica, pero no se puede exteriorizar --
sin autorización del padre o del marido. La mujer puede po-
seer y heredar por los mismos títulos que el hombre. Cuan-
do queda viuda, recupera su capacidad plena.

En resumen, puede concluirse que, al revés de lo

que sucede en la India, y en otros varios sistemas jurídicos, el derecho hebreo no ha considerado jamás a la mujer como una perpétua menor.

En los países mesopotámicos, la situación de la mujer era también muy pobre según el testimonio de FERREIRO⁽⁵⁾; no tiene límites el poder marital; y en el antiguo imperio babilónico aparece la compra de la mujer en pública almoneda; el privilegio de casarlas estaba reservado al Rey y a sus funcionarios, que reunían en una plaza pública todas las mujeres núbiles y allí eran vendidas. Y existe un curioso testimonio de Herodoto de que todas las jóvenes de Babilonia estaban obligadas a prostituirse una vez en la vida en honor de la diosa de la generación, Militta, y dice el autor citado que "las bonitas y graciosas pronto encuentran su hombre; pero las feas no cumplen tan fácilmente con la ley y esperan tres o cuatro años".

En un estudio de G. CARDASCIA⁽⁶⁾, en el que se refiere a Asiria, Mesopotamia, Sumer y el país de los hititas, se llega a la conclusión de que por las características del sistema de aquellos Derechos, poco partidarios de principios abstractos, la mujer tiene una amplia capacidad jurídica y no hay tutela agnaticia, pero esta afirmación tiene pocas consecuencias prácticas porque en presencia del hombre, padre o marido, la mujer oriental es silenciosa y pasiva. Cuando el hombre se borra la mujer deviene una persona plenamente capaz. Su personalidad se desarrolla porque no se ha formulado ningún dogma del tipo de la imbecillitas sexus. Pero ante el hombre está siempre some-

tida.

En los países árabes, en la época preislámica -- era considerada una desgracia el nacimiento de una hembra. La mujer no tenía jamás personalidad, no tenía parte en la herencia, existía la poligamia sin restricción alguna y en muchas tribus eran comunes las mujeres.

(7)
En derecho musulmán moderno la inferioridad -- del sexo femenino es abiertamente afirmada y comporta las consecuencias más chocantes para el espíritu moderno; y en cambio la mujer no tiene ninguna incapacidad en derecho -- privado, y por sorprendente que parezca, el derecho musulmán que impone a la mujer en la vida pública y en la vida social una condición muy inferior, y a nuestros ojos incluso humillante, no la considera inferior al hombre en lo -- que concierne a su aptitud para administrar su patrimonio.

En Egipto, cuya cultura se extiende a lo largo -- de más de cuatro milenios, es muy curioso observar la evolución de la posición de la mujer. En las épocas de debilitación del poder central, con existencia simultánea de dominios o poderes de tipo feudal, la familia es una célula con poder político y como consecuencia la concentración de poderes en ella es muy grande, con el consiguiente aumento del poder paterno y marital; en cambio en las épocas de robustecimiento del poder central éste exalta a los individuos sobre los grupos, se produce una mayor consideración de cada miembro de la familia, y se les reconoce a todos: -- hijos y mujeres, plena capacidad.

De todas formas es muy notable el reconocimiento

que de los derechos de la mujer se hace en algunas épocas, fruto sin duda del alto nivel cultural alcanzado por Egipto.

De los tres ciclos en que JACQUES PIRENNE⁽⁸⁾ divide la historia egipcia, al menos en los dos primeros se repite el fenómeno.

En la III y IV dinastías⁽⁹⁾, el padre, la madre y los hijos, tiene cada uno su patrimonio propio. La mujer tiene capacidad plena, no está sometida a la autoridad de su esposo, ni a la tutela de su hijo⁽¹⁰⁾. Los derechos sucesorios de hijos e hijas son semejantes⁽¹¹⁾. Este reconocimiento de los derechos de la mujer y de los hijos no significa desaparición del valor de la familia; ésta continúa como célula moral, ya que no política, fundamental; el deber esencial de los hijos es respetar a sus padres; el matrimonio es una asociación de afecto y es un momento muy importante en la vida del hombre⁽¹²⁾.

En cambio en la V dinastía, las familias se constituyen alrededor de un patrimonio familiar inalienable, formando entidades jurídicas establecidas sobre el doble privilegio de primogenitura y masculinidad. En esta organización la esposa, perdiendo poco a poco su independencia jurídica, verá fundirse su personalidad en el grupo familiar de su marido. La mujer pierde su condición de igual al hombre y pasa a la dependencia de su marido o de su hijo mayor. La evolución del derecho de la IV a la V dinastías se puede seguir perfectamente a través de la observación de las tumbas. En la III y IV dinastías las tumbas de

marido y mujer son iguales y se las representa del mismo tamaño y en una posición que no implica subordinación ni sumisión. En la V dinastía en cambio se la representa de menor tamaño que su esposo, y se sienta a sus pies, o se arrodilla a su lado o frente a él ⁽¹³⁾.

En la VI dinastía, de estructura eminentemente feudal, la evolución se ha completado. La mujer asume una posición jurídica absolutamente subalterna. La mujer casada está sometida a la autoridad de su marido; la viuda a la de su tutor. El sexo femenino tiene una incapacidad total; es incapaz para administrar sus bienes, para actuar en justicia y pierde incluso, a la muerte de su marido, la potestad sobre sus hijos ⁽¹⁴⁾.

El fenómeno se repite en el segundo ciclo de la historia egipcia. En la XII dinastía ⁽¹⁵⁾ la mujer recobra la capacidad jurídica ⁽¹⁶⁾. Esta evolución se va acentuando y en la XVIII dinastía en el momento de apogeo del Imperio, bajo los faraones Amenofis II, Thutmosis IV y Amenofis III, con la desaparición de las clases privilegiadas y el triunfo de la Monarquía, se va de nuevo a un triunfo del individualismo, tanto en el plano político como en el social y familiar. Como consecuencia se restaura "la igualdad jurídica absoluta no solo entre los sexos, sino incluso entre los esposos" ⁽¹⁷⁾.

Después (y salvo la época de Tell-el Amarna, aunque, con Amenofis IV, que cambia su nombre por Akenatón, y en la que la mujer sobre todo como esposa y madre adquiere una extraordinaria consideración), la evolución se reprodu

ce y de nuevo llegamos a una época de negación de la plena capacidad de la mujer.

El mismo J. PIRENNE en un estudio dedicado especialmente a la mujer ⁽¹⁸⁾, concluye que "la mujer, en el -- Egipto antiguo, fue considerada jurídicamente igual al hombre en las épocas individualistas; al contrario fue tratada como una menor y colocada bajo tutela en las épocas feudales señoriales en las que se reconstituyen los grupos sociales fundados en la solidaridad, la autoridad y la jerarquía".

En Grecia la mujer soltera estaba sometida a su padre; muerto el padre a sus hermanos; casada, siempre bajo la tutela del marido; muerto el marido no volvía a su antigua familia, y viuda quedaba sometida a la tutela de los parientes de la familia en la que entró, es decir, de sus propios hijos, si los tenía, y en su defecto de otros parientes del marido. Y el marido tenía tal autoridad sobre ella que podía, antes de morir, designarla tutor, y -- hasta elegirla un segundo marido.

El concepto que se tenía de las mujeres se refleja en estos textos de Demóstenes: "alimentamos a las cortesanas por el placer; a las concubinas para el cuidado cotidiano del templo; y a las esposas para la procreación de hijos y el cuidado fiel de las cosas domésticas", y Aristóteles: "El esclavo carece de voluntad; el niño la posee incompleta y la mujer en estado de impotencia".

En Atenas el matrimonio se concertaba por medio de compra hecha por el marido al padre o tutor, y esta fa-

cultad de disposición fue tan absoluta en los primeros --
 tiempos, que tanto el padre con referencia a la hija, como
 el marido con relación a su mujer podían hacer a una y --
 otra objeto de cesión a tercera persona, considerando a --
 los sometidos a su autoridad como integrantes del patrimo-
 nio doméstico ⁽¹⁹⁾ .

En Roma, la familia tiene una organización característica, ampliamente conocida. También es sabido que la-
 organización de la familia romana fue cambiando en las di-
 versas épocas, y que hay momentos en que la realidad supe-
 ra a las normas o soluciones anticuadas. Hacer una exposi-
 ción crítica de la situación de la mujer en Roma, sobre lo
 que ya hay abundantes obras, excedería con mucho de nues-
 tro propósito. Por ello nos limitaremos a hacer una exposición
 puramente descriptiva, y además siguiendo principal-
 mente la exposición de BONFANTE ⁽²⁰⁾ .

El sujeto activo y cabeza de la familia romana --
 es el pater familias, que en época histórica es el que no-
 tiene ascendientes vivos en la familia por línea masculina.
 El pater familias, que es siempre un hombre, es persona --
 sui iuris. El título de mater familias es puramente honorífico
 y no tiene valor jurídico ninguno.

Todas las demás personas que forman parte de la-
 familia tienen la condición de alieni iuris y sometidos a-
 la patria potestad o a la manus.

En cuanto a la mujer, según BONFANTE ⁽²¹⁾ , su po-
 sición en la vida romana y en la ley es muy diferente. Hay
 una antítesis entre la sociedad romana y el derecho ⁽²²⁾ . -

La posición de la mujer es más digna y elevada entre los bárbaros habitantes del Lazio, que entre los cultos ciudadanos de Grecia. La mujer campea en la vida privada y hasta en la vida pública de Roma como una figura noble, respetada del marido, venerada de los esclavos, clientes e hijos, y adornada de los títulos honoríficos de matrona y mater familias.

Sin embargo, si del cuadro social pasamos al jurídico, nos encontramos con que esas patricias respetadas aparecen sujetas a una potestad de los padres y maridos -- que, tiene distinto nombre, pero es igual que la que se -- ejerce sobre los hijos y los esclavos.

Si es soltera está sujeta a la patria potestad, si es casada a la manus, en base al sentido de unidad política que la familia tiene.

La sujeción de la mujer a la manus, situación especial de la mujer casada que por eso tratamos aquí de pasada, representa el ingreso de la mujer en la familia del marido, y la ruptura de todos los lazos con su familia primitiva. Ese ingreso se hace en la nueva familia por medio de la conventio in manum, para la que necesita: si es alieni iuris la auctoritas de su pater familias; si es sui iuris, el consentimiento de su tutor ⁽²³⁾. La evolución de la manus será objeto de estudio al hablar de la mujer casada, pero podemos adelantar ya que Justiniano no tuvo necesidad de dictar una ley aboliendo la manus o la conventio in manum, porque a su época llegaron ya como instituciones muertas.

La mujer casada estaba sujeta por tanto a esa autoridad del marido en el campo jurídico, a pesar de la estimación que merecía socialmente; pero ¿cuál era la situación de la mujer que no estaba sometida a la manus, de la mujer soltera?.

En el Derecho antiguo de Roma las mujeres, si -- eran alieni iuris, tenían la condición de liberi in potestate o filii familias, y estaban sujetas a la potestas del pater familias, pero si eran sui iuris, situación que se --
(24)
podía dar en algunos casos , estaban sujetas a tutela perpétua (con la excepción de las vírgenes vestales, que -- fueron eximidas de la tutela por las XII Tablas).

(25)
ROBERT VILLERS dice que en esta época en el -- campo del Derecho privado la mujer es únicamente un objeto. Durante su infancia, vive como los otros alieni iuris bajo la patria potestas de su padre que la puede enajenar y reivindicar. A la muerte de su padre la hija pasa de la patria potestas a la tutela de su agnado más próximo. Esta tutela no era sino la prolongación y casi el reflejo del -- poder paterno que había ejercido el padre difunto. Como -- ella tenía su fin natural en la época en que la hija era -- núbil y era preciso casarla. Lo que pasaba, dice este autor, es que, como en aquella época, el matrimonio de las -- romanas era muy precoz --doce años normalmente--, las mujeres púberes en tutela debían ser raras, y esta puede ser -- una de las razones que explique que la tutela de las mujeres púberes, como prolongación artificial de la tutela de las impúberes, se mantenga como un arcaísmo y no evolucio-

ne.

Para justificar esta tutela del sexo se dan los argumentos clásicos que después hemos de ver repetidos hasta nuestros días: la debilidad de juicio de la mujer, la ligereza de espíritu, la ignorancia de los negocios del foro⁽²⁶⁾.

Es extraordinariamente curioso que estas razones que se esgrimen ya en el derecho antiguo de Roma, se vuelvan a encontrar en boca de Napoleón, y hasta si se nos apura, de contemporáneos nuestros; y es indudable que teniendo apartada a una clase de personas de determinados negocios, vg.: los del foro, durante generaciones, esa clase de personas sigue tan ignorante veinte siglos después, como lo estaba veinte siglos antes.

Es muy curioso también que ya en Roma el jurisconsulto GAYO, repitiendo estas viejas motivaciones, confiesa abiertamente que el instituto de la tutela mulierum no tiene razones serias, y que si bien el que los impúberes sean sometidos a la tutela es conforme a la naturalisratio, la ligereza femenina con la que se quiere justificar la tutela del sexo, es motivo más especioso que real, y señala que si bien aquélla existe entre todos los pueblos, no sucede lo mismo con la tutela de las mujeres⁽²⁷⁾.

Y GAYO también explica que esta tutela está constituida no para defender al tutelado, sino que es el interés de los tutores en el patrimonio de la mujer, que es patrimonio familiar y eventualmente volverá a ellos, lo que se trata verdaderamente de proteger.

BONFANTE señala que la tutela de la mujer es la reliquia de un instituto potestativo; es más un derecho de tutor que un deber o un munus, y como tal está destinada a desaparecer.

Efectivamente toda la evolución de la tutela de las mujeres va dirigida a su debilitación y final eliminación.

Originariamente la tutela de la mujer era testamentaria o legítima, siendo llamados a ésta incluso los -- gentiles. En el período imperial desaparece ya la tutela -- gentilicia, y se añade en cambio la tutela dativa. Pero ya en ésta en el derecho clásico no podrá nombrarse a la mujer un tutor dativo sino a su solicitud y en su presencia.

En cambio el tutor legítimo todavía en época histórica podía ceder la tutela como un propio derecho.

Como dice BONFANTE⁽²⁸⁾, la historia de la tutela de las mujeres es la historia de su disolución, no de su transformación. En efecto con el tiempo, en la costumbre y en la jurisprudencia, aparecen los tutores más sujetos a la voluntad de la mujer que ella sujeta a su autoridad. Se inicia la costumbre de que el marido, titular de la manus sobre la mujer, permitiese a la mujer en el testamento de él, la elección de su propio tutor que se llamó tutor optivus (porque la mujer viuda salía de la manus, pero volvía a caer en la tutela).

Por este camino, la mujer se podía nombrar su -- propio tutor, y aun cambiarlo, y aun en casos extremos escogerse el tutor per "ogni singolo negozio"⁽²⁹⁾. Otro expe

diente que imaginaron los juristas para hacer libre a la -
mujer la elección de su propio tutor fue que ella, sin con-
cluir matrimonio, se sujetara a la manus, por vía fiducia-
ria, de una persona por la forma de la coemptio con pacto;
de que el coemptionator la emancipara, y después se convir-
tiera en su tutor, que se llamaba tutor fiduciarius ⁽³⁰⁾.

Finalmente el emperador Augusto estableció la --
exención absoluta de la tutela para las mujeres ingenuas -
madres de tres hijos, y las libertas madres de cuatro. La-
tutela de las mujeres es aún mencionada en dos edictos de-
Diocleciano del año 293, pero poco después desaparece del-
mundo romano-helénico.

Y por fin, en el derecho justiniano, en el que-
ha desaparecido la tutela romana y no se recibe la autori-
zación marital o cuasi tutela helénica, la posición de la-
mujer aparece casi independiente; si bien, probablemente,-
instituciones locales, sobrevivientes en forma de costum -
bres, templaron esta independencia.

Pero de todas formas la evolución del Derecho ro-
mano es evidente y aparece prácticamente consumada en el -
derecho justiniano, llegándose a una gran libertad de la-
mujer soltera o viuda, a la que prácticamente se la recono-
ce plena capacidad jurídica.

Como dice BONFANTE, la posición de la mujer apa-
rece independiente hasta el punto de avergonzar a nuestras
leyes hasta estos últimos tiempos. Y esto que BONFANTE de-
cía en 1.925 se puede repetir y con mayor razón para las -
leyes españolas todavía cincuenta años después, pues en al-

gunos puntos no han llegado todavía adonde llegó el Derecho romano en el siglo IV⁽³¹⁾.

El Cristianismo influyó mucho en la situación de la mujer. Como dice HINOJOSA⁽³²⁾, aunque el Cristianismo no trajo al mundo un nuevo sistema de derecho, trajo ideas y tendencias nuevas, gérmenes fecundos de renovación individual y social que con el tiempo habían de trascender a la esfera del Derecho. Y al elevar el valor del individuo humano en concepto de tal, considerando a todos los hombres sin distinción de sexo, clase o jerarquía como iguales ante Dios, asignó a la mujer su lugar propio en la familia y en la sociedad.

La influencia de las ideas cristianas en todas las legislaciones posteriores, y aun en la evolución de la romana⁽³³⁾, es indudable. Pero a pesar de ello el Derecho canónico medieval no estableció una igualdad plena de derechos de hombre y mujer, sino que colocó a ésta en un estado de inferioridad.

Las ideas del Evangelio son igualitarias. Ninguno de sus textos establece desigualdad entre el hombre y la mujer. Antes bien, Cristo confirma con su actitud la concepción igualitaria que se deduce de su enseñanza. Con gran escándalo de los judíos trata a la mujer como igual al hombre. Su actitud respecto de la mujer adúltera y sobre todo de la Samaritana, lo prueba evidentemente.

El derecho canónico va a encontrarse constantemente ante una disyuntiva; de un lado los principios fundamentales del Cristianismo que proclaman la igualdad de hom

bre y mujer, y como consecuencia la necesidad de no someter a la mujer a incapacidad, lo que sería contrario a esos principios fundamentales; de otro lado, el peso de la tradición, las leyes antiguas, la condición de inferioridad en que realmente se encontraba la mujer.

La lucha entre esas dos posturas llega hasta nuestros días, prácticamente hasta el Vaticano II. Todavía pocos días antes de escribirse este trabajo, el Papa Paulo VI organiza una comisión para el estudio de la condición de la mujer en la Iglesia Católica ⁽³⁴⁾.

El camino se va recorriendo lentamente. La contradicción se encuentra ya en San Pablo. En la Epístola a los Gálatas dice: "Vosotros sois todos hijos de Dios por la fé de Cristo Jesús ... Ya no hay ni judío, ni griego; ni esclavo, ni hombre libre; ni hombre ni mujer; pues no sois más que una persona en el Cristo Jesús". Sin embargo en la Primera Carta a Timoteo dice: "Que la mujer escuche la instrucción en silencio, con entera sumisión. No permito a la mujer enseñar ni tener autoridad sobre el hombre; ella debe mantenerse en silencio". Y los argumentos que se utilizan ya en los escritos de San Pablo para justificar la preferencia del hombre son principalmente dos: la primacía de la creación del hombre y la culpabilidad de la mujer en el pecado original.

En los Padres de la Iglesia y en los autores más influyentes se vuelve a encontrar la misma contradicción que en San Pablo. En virtud de los principios fundamentales de la doctrina cristiana proclaman la igualdad de hom-

bre y mujer; pero eso no les impide, llegado el caso, poner a la mujer en condición de inferioridad⁽³⁵⁾.

TERTULIANO no reconoce a la mujer ninguna consideración. En el tratado De cultu feminarum⁽³⁶⁾ dice: "Mujer tú deberías ir siempre de luto, cubierta de andrajos, y -- hundida por la penitencia, para redimir tu falta de haber perdido al género humano". Y de estas ideas y otras semejantes saca los argumentos para defender la desigualdad de los sexos.

SAN AGUSTÍN, de una parte predica el principio de igualdad en tanto se halla en el terreno de la fé; pero en cuanto lo abandona, profesa la desigualdad de sexos. En el orden de la gracia, la mujer ha sido como el hombre, -- creada a imagen de Dios⁽³⁷⁾. Pero en cambio, en otro lugar⁽³⁸⁾ afirma: "está en el orden de la naturaleza que la -- mujer esté al servicio del hombre; no es sino justicia que el más débil sirva al más fuerte".

Además en África la condición de la mujer, cuando escribía San Agustín, debía ser de bastante sumisión e inferioridad. Y de esta situación de hecho deduce San Agustín una condición de derecho; él llega a la situación de inferioridad de la mujer en relación con el hombre. El marido es el dominus; la mujer asume el papel de una "ancilla"⁽³⁹⁾. Por razón de su sexo está sometida al hombre.

Sobre estas bases no es extraño que Graciano, el autor del Decreto, en la primera mitad del siglo XII, afirme que la mujer se encuentra en una condición de servidumbre tal que en todo debe estar sometida al hombre. Todas --

sus incapacidades se explican por razón de su estado de sujeción. Para justificar esta inferioridad se basa en textos de San Agustín, San Jerónimo, San Ambrosio, y los escritos paulinos⁽⁴⁰⁾.

Sin embargo a pesar de estas posturas, los principios de igualdad tienen una enorme importancia, y su valor se refleja no tanto en el Derecho canónico, como en la influencia que las ideas cristianas tienen sobre las diversas legislaciones de los incipientes estados europeos. Sin duda por influencia cristiana la hija es liberada de la -- autoridad paterna y puede contraer un matrimonio válido -- aunque los padres se opongan. El derecho canónico exige -- únicamente el consentimiento de las partes, y esta idea -- tiene una gran importancia en la afirmación de la libertad y la capacidad de la mujer como persona, para decidir el -- acto más fundamental de su vida: la elección de la persona con la que ha de casarse.

Seguir la evolución de los diversos derechos -- europeos haría esta exposición excesiva. Sin perjuicio de reconocer su interés, vamos a limitarnos al derecho histórico español, y esto de una forma fragmentaria, y sin ánimo de abarcar todos los cuerpos legales, sino de dar una -- panorámica de esa evolución en nuestro país.

En la época visigoda parece que nuestra legislación fue de las más avanzadas de su época. E. DE HINOJOSA-⁽⁴¹⁾

dice: "A diferencia de las otras legislaciones germánicas, en que existía la tutela del sexo y era atribución exclusiva del padre autorizar el casamiento de la hija, la --

visigoda considera esta autorización como incumbencia común del padre y de la madre. La viuda podrá casarse sin el consentimiento de los parientes exigido por los otros Códigos germánicos".

Y A. GARCÍA GALLO⁽⁴²⁾ dice que "la legislación y las costumbres visigodas dan un paso más en el camino de la equiparación de los dos sexos. Si bien la mujer carece de derechos políticos, equipara al hombre y la mujer al establecer la composición que ha de pagarse por la muerte de una persona⁽⁴³⁾".

Si examinamos las leyes visigodas comparándolas con las de otros pueblos y grupos contemporáneos nos encontramos por ejemplo:

En materia de tutela del sexo: El derecho sajón, el turingio y el frisón conocen la tutela obligatoria de toda mujer que no se encuentre bajo la patria potestad o la autoridad marital. El artículo 42 de la Lex Saxonum, publicada en el 785, impone esta tutela a la viuda en la persona del pariente más próximo del marido.

En derecho franco, en la Ley Ripuaria no se conoce la incapacidad de la mujer ni la tutela del sexo. La mujer con 15 años cumplidos y no casada puede actuar ante los Tribunales en iguales condiciones que el varón⁽⁴⁴⁾.

En el derecho visigótico, donde quizá pudo existir en su fase más primitiva una cierta tutela de la mujer, esta limitación desaparece pronto. En derecho visigodo es la madre la que en caso de muerte del padre, consiente el matrimonio de sus hijos, y es la tutora de sus hijos meno-

(45)
res .

Y GARCÍA GALLO⁽⁴⁶⁾ dice explícitamente que la mujer ya no está en el Fuero Juzgo sujeta a tutela de sexo.

En materia de consentimiento para contraer matrimonio: En el derecho sajón se requería siempre la intervención del padre y madre, o en su defecto, la del tutor o parientes de la mujer; y la mujer era incapaz para contraer matrimonio, de una forma absoluta, de manera que no era -- una parte en el matrimonio sino un puro objeto.

En el derecho burgundo se conoce también el matrimonio por compra, en el cual la mujer no es parte en el convenio sino el objeto comprado.

En cambio en el derecho visigótico el matrimonio se perfecciona por el consentimiento de los cónyuges⁽⁴⁷⁾ ; - y ya en el Código de Eurico la viuda podrá volver a casarse por ella misma y sin intervención de su familia o de la⁽⁴⁸⁾ de su marido .

Este ligero examen comparativo nos demuestra el carácter liberal y progresivo del derecho visigótico. GARCÍA GALLO⁽⁴⁹⁾ dice que el derecho visigodo permite a la mujer que al igual que el hombre desde los veinte años administre libremente su patrimonio, y que las restricciones - que en el derecho sucesorio tenía la mujer en el Código de Eurico desaparecen en el Liber iudiciorum⁽⁵⁰⁾ para dar paso a una plena equiparación de los dos sexos, y concluye diciendo que de las restantes incapacidades establecidas por el Derecho romano no queda huella en la legislación visigoda.

En la Alta Edad Media, en el derecho de los Fueros locales la situación de la mujer, aunque socialmente lleve una vida de recogimiento y decoro, es también de reconocimiento de su capacidad.

No existe diferencia, dice GARCÍA GALLO⁽⁵¹⁾, entre el hombre y la mujer en cuanto a la composición que ha de pagarse por su muerte; tampoco se encuentra sometida a la patria potestad o a tutela, en condiciones distintas de las del hombre. En el Fuero de Soria se reconoce que la viuda puede tener potestad y ser tutora de sus hijos. Igual que el hombre puede poseer y enajenar sus propios bienes, y tampoco hay diferencias entre los dos sexos en cuanto a su capacidad para adquirir por herencia. Las únicas diferencias que aparecen en los Fueros (de Cuenca, de Navarra, de Teruel, de Val de Funes) es en torno al valor del testimonio de las mujeres en juicio, excepto en los delitos típicamente femeninos ("fechos mugeriles").

La recepción del Derecho romano pudo suponer una regresión en algunos aspectos. Como dice GARCÍA GALLO, las *Exceptionis Petri* y *Lo Codi*, que en el siglo XII difunden en España el Derecho romano, niegan a la mujer todo poder sobre sus hijos hasta el punto de no ser necesario su consentimiento para el matrimonio de éstos; y los juristas, imbuídos por el Derecho romano, se esfuerzan por imponer los criterios de éste.

HINOJOSA llega a afirmar⁽⁵²⁾ que en León y Castilla, a diferencia de lo que se observa en el período visigótico, vuelve a aparecer la tutela de sexo, respecto de -

la mujer soltera mayor de edad y aun de la viuda.

Las Partidas, sin embargo, no vuelven a imponer ni la tutela del sexo, ni establecen normas generales que determinen la incapacidad de las mujeres. Pero no cabe duda que su condición empeora como dice GARCÍA GALLO, y que esta nueva orientación es la que va a prevalecer hasta el siglo XIX⁽⁵³⁾.

En la ley 6 del Título XXXIII de la Partida VII, que trata "Del significamiento de las palabras e de las cosas dubdosas", dice que "Entendemos por aquella palabra -- (ome) que el defendimiento pertenesce también a la mujer -- como al varón, maguer que non fagamos y emiente della". Pero a pesar de esta equiparación no deja de haber algunas diferencias.

En la Partida III, Título IV, ley IV, se excluye⁽⁵⁴⁾ de ser Juez a las mujeres.

Y en la Partida III, Título VI, ley III, se excluye⁽⁵⁵⁾ también a las mujeres de que sean abogados.

No cabe duda que aunque no existe una incapacidad general para la mujer, existen diferencias en contrasuya. De una parte la mujer está incapacitada para el desempeño de cargos públicos, sigue con limitaciones para -- prestar testimonio en juicio, y solo se la permite a la mujer comparecer en juicio para defender sus propios pleitos.⁽⁵⁶⁾ Pero en materia patrimonial la mujer, salvo los casos de estar sometida a la autoridad paterna o marital, tiene plena capacidad para poseer bienes, enajenarlos y contratar sin licencia de nadie, sin más limitación en Cataluña-

y Castilla, que el Senado Consullo Velleiano, limitación - que los juristas no consideran odiosa, sino favorable a la mujer y que puede ser renunciada ⁽⁵⁷⁾.

Dentro de esta diferencia de trato hay una norma que es también muy representativa de la discriminación por la imbecillitas sexus, y que es base de un privilegio de la mujer. Las mujeres gozan del privilegio de poder alegar la ignorancia de las leyes ⁽⁵⁸⁾. Algunos tratadistas del siglo XIX suponen derogado aquel privilegio, pero el Tribunal Supremo todavía en Sentencia de 13 de Diciembre de 1.864, declaró que la ignorancia del Derecho excusa a la mujer, sobre todo cuando pretende librarse de algún daño.

Aunque muy lentamente y nunca de una manera completa, la condición de la mujer, con altibajos, con pasos atrás, ha ido mejorando de forma constante hasta llegar en el presente siglo a la equiparación total ⁽⁵⁹⁾, al menos en cuanto a los principios.

Ya en el siglo XIX ⁽⁶⁰⁾ se puede decir que la igualdad existe para la mujer mayor de edad y libre; la mujer viuda o soltera tiene en efecto los mismos derechos que el hombre; la mayoría es la misma para los dos sexos y no existe tutela perpétua. Subsisten todavía matices diferenciales en el derecho público ⁽⁶¹⁾ y en algunas cuestiones, - vg.: tutela, pero todas ellas van desapareciendo. Y desde luego esto que se puede afirmar de la mujer soltera o viuda, no se puede predicar de la mujer casada. Aunque en el siglo XIX mejoran y se modifican muchas leyes, no se puede mantener que a la mujer casada se la considere plenamente-

oapaz.

Por fin, en un examen de la situación de la mu -
jer en el siglo XX en Europa occidental, HEMARD⁽⁶²⁾ da por-
resuelto definitivamente el tema de la equiparación de de-
rechos de la mujer soltera o viuda, y se dedica a examinar
exclusivamente la situación de la mujer casada, concluyen-
do que en el plano del derecho privado, la emancipación --
económica y política de la mujer casada, la ha llevado a -
liberarse en gran parte de la tutela de su marido.

En las páginas que siguen vamos a ver si en Dere-
cho español hemos llegado a esa situación general de Euro-
pa occidental en cuanto a la mujer soltera o viuda, y más-
adelante es nuestra intención tratar también el problema -
de la mujer casada.

- - - - -

II.- SITUACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO VIGENTE

Como hemos visto, desde un punto de vista histórico es indudable que la pura diferencia de sexo determinaba una distinta condición jurídica. Ha habido derechos, situaciones, estados y posibilidades que iban indisolublemente unidos al hecho de nacer hombre o mujer.

En el derecho moderno, tanto desde un punto de vista doctrinal como legislativo, se mantiene un criterio opuesto. Se dice constantemente que han sido superadas las antiguas posiciones diferenciadoras y que en la actualidad no existen más o menos derechos por ser hombre o mujer. Vamos a ver ahora hasta qué punto esto es cierto en una serie de legislaciones extranjeras y en la española.

a/. Austria.

(63)

En Austria, de acuerdo con el artículo 7 de la constitución federal, todos los ciudadanos son iguales ante la ley y todos los privilegios, y desde luego todos aquellos relativos al sexo, están excluidos. Subsisten las limitaciones por razón del matrimonio; el art. 91 del Código Civil austriaco dice, por ejemplo, que "el marido es el jefe de familia", pero fuera de ese punto no existen dife-

rencias, y por lo tanto ninguna para la mujer soltera, pudiéndose afirmar con PLEVA que "la mujer en el ordenamiento jurídico austriaco ha obtenido ampliamente la paridad de derechos en cuanto concierne al aspecto patrimonial. Y si quedan aún reliquias de épocas pasadas, son objeto de la proyectada reforma del derecho familiar, o vienen en la práctica eliminadas".

b/. Bélgica.

(64)

En Bélgica, las modificaciones del Código Civil muestran una tendencia general a la igualdad de la condición jurídica de hombre y mujer. Por leyes de 1.919, 1.921, 1.920, 1.948 y 1.949, se han reconocido prácticamente todos los derechos políticos a las mujeres.

En el campo del derecho privado hay dos leyes fundamentales, una de 1.932 que mejora considerablemente la condición jurídica de la mujer, y con otras de 30-4-58 y 22-6-59 la incapacidad de la mujer casada se suprime en principio y la autoridad marital no es más que un recuerdo. En cuanto a las limitaciones a la mujer soltera desaparecieron todas mucho antes: se las reconoce capacidad para ser testigos (ley 7-I-1.908 y 16-XII-1.922), tienen acceso a los consejos de familia y a la tutela (ley de 10-7-1909) y la ley de 20 de Marzo de 1.927 reconoce la plena capacidad a la mujer no solo soltera, sino a la que ha obtenido la separación de cuerpos.

c/. Francia.

En Francia, según CLAUDE DENISE⁽⁶⁵⁾, la incapacidad de la mujer, ya en el siglo XIX, no se determinaba por su sexo, sino por el matrimonio, y aquélla no afectaba a las solteras ni a las viudas.

Sin embargo, si bien la plena capacidad de la mujer soltera no era discutida doctrinalmente, quedaban también una serie de normas anticuadas que han ido desapareciendo poco a poco, las más de las veces en disposiciones que se referían principalmente a las mujeres casadas, que eran en las que se sentía más la desigualdad.

Así por ley de 9 de Abril 1.881, se permite a la mujer casada hacer depósitos y retirar fondos de las Cajas de Ahorro sin necesidad de licencia del marido; la ley de 6 de Febrero de 1.893 reconoce a la mujer casada, con separación de cuerpos, su plena capacidad (Norma ésta que solo se puede dictar cuando ya no cabe duda que la mujer soltera no tiene ninguna limitación, ya que de ninguna manera puede ser plenamente capaz la separada, si no lo es la soltera); la ley de 7 de Diciembre de 1.897 reconoce a todas las mujeres la posibilidad de ser testigos, en los actos referentes al estado civil, y en todos los documentos; la ley de 13 de Julio de 1.907 que reconoce a la mujer, aun casada, el derecho de administrar y disponer libremente de los bienes adquiridos por su trabajo; la ley de 20 de Marzo de 1.917 que permite a las mujeres ser tutores y formar parte de los consejos de familia y por último la ley de 18 de Febrero de 1.938 que proclama el principio nuevo de la plena capacidad civil de la mujer casada, aunque no se ex-

trajeran entonces todas las consecuencias de dicho principio.

d/. Alemania Oriental y Occidental.

En Alemania Oriental la constitución de 7 de Octubre de 1.949 proclamó la total igualdad de derechos de hombre y mujer (comprendiendo a la mujer casada). En Alemania Occidental la constitución de 23 de Mayo de 1.949 proclamó en su artículo 3 que "los hombres y mujeres tienen iguales derechos", y que "las normas legales que se opongan al artículo 3 seguirán en vigor hasta que sean adecuadas a dicha disposición, pero no más allá del 31 de Marzo de 1.953" (art. 117). En realidad ya la constitución de Weimar de 1.919 había dicho que "El matrimonio está basado en la igualdad jurídica de los sexos", pero mientras esta afirmación tenía un valor programático, la declaración de la constitución de 1.949 tiene una eficacia práctica de ⁽⁶⁶⁾ doble tipo: mediata e inmediata. La puesta en vigor de estas ideas por la ley de 1 de Julio de 1.958 ha planteado una serie de problemas, pero todos referentes a la mujer casada; para la mujer soltera no existe diferencia ninguna con el hombre, salvo en el caso de la edad para contraer matrimonio que se adelanta a los 16 años, mientras que para el hombre se exigen al menos los 18 años.

e/. Grecia.

En Grecia la constitución de 1.952 ha impuesto la desaparición de las normas, existentes hace siglos, que

proclamaban la distinción entre hombre y mujer. La constitución establece la equiparación de hombre y mujer, y que la mujer tiene personalidad plena y libre con los mismos derechos y deberes que el hombre tanto en la vida privada-⁽⁶⁷⁾ como pública. Aparte de esta norma fundamental hay una serie de disposiciones como la ley 2.620/53 que consagra la completa equiparación del hombre y la mujer en la ocupación de cualquier puesto público, o la ley 3.192/55 que dice que "las mujeres pueden ejercitar todas las funciones públicas, y ocupar todos los cargos de funcionarios civiles del Estado, en paridad de condiciones con el hombre".

Desde un punto de vista estrictamente privado, el Código griego de 1.940 reconoce la capacidad jurídica a las personas de ambos sexos, y la capacidad de obrar al -- que ha cumplido 21 años sin distinción de sexo. Las únicas excepciones a esta norma son la diferente edad para contraer matrimonio (14 y 18 años), el derecho a la dote de las hijas, y la prohibición de volverse a casar la viuda en los diez meses siguientes a la disolución del matrimonio.

Las otras limitaciones que contenía el Código -- griego de 1.940 para las mujeres: la de asumir la tutela, y la de ser testigos, fueron eliminadas por una ley de --⁽⁶⁸⁾ 1.955.

f/. Italia.

En Italia la constitución de 1 de Enero de 1.948 declara en su artículo 3º "Los ciudadanos sin distinción --

de sexo, raza ... tienen la misma dignidad social y son --
iguales frente a la ley". Para A. BELLOCCHI ⁽⁶⁹⁾ eso no sig-
nifica sin embargo una absoluta identidad de trato, ya que
atendiendo a su respectiva naturaleza puede haber normas -
especiales para las mujeres en el trabajo, en la privación
de libertad, en los cargos públicos, etc.; y especialmente
en el matrimonio, ya que según él la exigencia primaria, -
natural, social y religiosa de la "unidad familiar" impone
que al hombre le sean dados por la ley determinados dere -
chos y deberes, diversos de los de la mujer.

El artículo 51 de la constitución afirma que to-
dos los ciudadanos de uno y otro sexo pueden acceder en --
condiciones de igualdad a los oficios públicos y a los car-
gos electivos.

Dentro del campo estricto del Derecho privado, -
el Código Civil de 1.942 reconoce a hombre y mujer la mis-
ma capacidad jurídica. Salvando la preferencia para deter-
minar la nacionalidad de la ley nacional del marido, la --
preferencia, en caso de distinta nacionalidad de los pa --
dres, de la ley del varón, y de que prevalece dentro de la
familia la ley nacional del padre, la diferente edad para-
contraer matrimonio, y la prohibición a la viuda de casar-
se durante los 300 días siguientes a la disolución del ma-
trimonio, no existe ninguna diferencia entre hombre y mu-
jer, salvo en materia de derecho matrimonial, cuestión que
estudiaremos en otro trabajo al ocuparnos de la mujer casa-
da.

g/. Holanda.

En Holanda la mujer soltera tenía los mismos derechos que el hombre, pero en cambio por la existencia como régimen legal de la comunidad universal de bienes, la posición de la mujer casada era bastante limitada hasta hace poco. Solo por una ley de 14 de Junio de 1.956 ha sido abolida la incapacidad jurídica de la mujer casada, y establecido un régimen igualitario entre ellos, aunque conservando el principio de que el marido es el jefe de la unión conyugal (art. 159 de la ley de 14 de Junio de 1.956) ⁽⁷⁰⁾.

h/. Rusia.

En Rusia el art. 122 de la constitución estipula: "La mujer dispone de derechos iguales a los del hombre en todos los dominios de la vida económica, pública, cultural, social y política". En el campo del derecho privado esto se aplica no solo a la mujer soltera, sino aun a la casada.

i/. Suecia.

En Suecia la constitución no distingue entre hombre y mujer. Sigue el mismo criterio que veremos en la española de hablar en términos generales de ciudadanos, suecos, sin distinguir entre hombres y mujeres. Pero las leyes concretas, tanto en derecho público como privado, no distinguen entre hombre y mujer ⁽⁷¹⁾ que tienen plena capacidad desde que alcanzan la mayoría de edad. Incluso con el matrimonio los derechos y deberes son iguales para los dos esposos.

III.- SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL DE LA CODIFICACIÓN

En el derecho español se viene afirmando ya desde hace tiempo que el sexo no es un factor determinante de la capacidad.

Un examen de nuestras leyes permite mantener esa afirmación, o por lo menos no existe en ellas una afirmación de desigualdad. El Código Civil y el Código Mercantil, cuerpos legales determinantes de toda la postura del derecho privado español no contienen ninguna discriminación general por razón del sexo.

Es decir, cuando en el último cuarto del siglo XIX se codifica nuestro derecho privado, no cabe duda de que el legislador se tuvo que plantear cuál era la condición de la mujer por razón de su sexo, o mejor si era razonable establecer una diferenciación en el trato al varón y a la hembra por razón del sexo en el campo del Derecho. -- Ciertamente es que el estado de conciencia social y los precedentes legales habían superado ya las antiguas posturas -- que consideraban a la mujer como a una incapaz, pero es -- asimismo cierto que la equiparación no era completa ni en la sociedad, ni en las costumbres, ni siquiera en el campo estrictamente jurídico público.

El legislador adoptó un criterio, criterio que se manifiesta en ambos Códigos no por una declaración, sino por algo que en cierto sentido es más positivo y tiene más valor. El legislador no distingue en términos generales entre hombre y mujer; como sujetos de derecho ambos son tratados a priori de forma semejante. No se hace una declaración de equiparación entre hombre y mujer, pero tampoco se contiene en términos generales ninguna discriminación para el sexo femenino.

Es justo por tanto poner de relieve este criterio, esta forma de pensar, primero por lo que de mérito puede tener de los legisladores de aquella época, segundo por el ejemplo que puede representar para el legislador de otros momentos históricos posteriores, en los que la conciencia social ha cambiado notablemente en favor de la absoluta equiparación de derechos de hombre y mujer, sin que haya sido recibido plenamente ese cambio por los legisladores de ese momento, y tercero y principal porque el criterio inspirador de la redacción de los códigos es fundamental guía para el intérprete. A la hora de aplicar los dos códigos, y por extensión, a la hora de aplicar el derecho privado en general, esté o no contenido en ellos, y de acuerdo con la letra y el espíritu de los arts. 6 y 16 C.c. el jurista debe partir de los principios fundamentales en que se inspiran nuestros Códigos, y entre ellos está el de la plena capacidad de hombre y mujer en atención a su sexo. La aplicación correcta de este principio en la interpretación de las normas podría haber evitado aplicaciones injus

tas de las leyes, habría facilitado la utilización evolutiva de ellas sin necesidad de cambios constantes, y hubiera servido para reconocer el carácter de excepciones que las limitaciones a la capacidad de la mujer tienen, y como consecuencia, la necesidad de utilizar los clásicos criterios interpretativos de que, el principio o norma general es -- susceptible de interpretación analógica, y útil para la interpretación integradora, y que las excepciones están siempre necesitadas de interpretación estricta o restrictiva.

Cierto es que los dos Códigos son, aunque modernos en este y otros aspectos, hijos de su tiempo; y como -- consecuencia ese principio general se ve excepcionado multitud de veces como vamos a tener ocasión de comprobar a -- lo largo de este trabajo. Pero las excepciones no deben -- ser los árboles que impidan ver el bosque, y además y desde ahora se deben distinguir dos cuestiones que han quedado ya clarísimas al optar por la sistemática de este estudio: estas dos cuestiones son la mujer y la mujer casada.

Lo que acabamos de decir y cuanto más se va a -- tratar en este capítulo no se refiere sino a la mujer soltera, a la mujer independientemente de su relación con un varón por razón de un lazo estable, sea matrimonio estrictamente, sea otra situación semejante que determine la -- existencia de una comunidad de vida y de intereses.

El legislador de nuestros dos códigos parte de -- esa diferenciación clarísimamente: la mujer y la mujer casada. Y de ninguna manera debemos dejarnos engañar por las limitaciones que a la mujer casada se le impongan ya que --

aquéllas no provienen de su condición de mujer sino de su-
condición de casada.

- - - - -

IV.- EL PROBLEMA DEL SEXO Y LA CAPACIDAD JURÍDICA EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

Este criterio de nuestro derecho privado, expresado a través de los dos cuerpos legales principales no ha podido menos de ser reconocido por nuestra doctrina. Empero, la influencia de la inferioridad con que se regula la situación de la mujer casada, las excepciones a esa regla general y, por qué no admitirlo, la conciencia general de la desigual condición social de hombre y mujer, tienen tanta fuerza que en toda nuestra literatura jurídica no existe una consagración formal del principio de igualdad que inspira a nuestros códigos, y casi ningún autor, sea por razones históricas, doctrinales o simplemente prácticas, deja de incluir en su parte general una sección o capítulo dedicado al sexo.

(72)
DE CASTRO es quizá el más progresista de todos nuestros autores. De una parte afirma: "El Código civil ha reconocido esta igualdad entre hombre y mujer, de modo que hoy, en términos generales, puede afirmarse, como regla general, la igual capacidad del hombre y la mujer en el Derecho privado".

Como consecuencia a continuación niega que el se

no tenga la significación propia de un estado civil.

Sin embargo, y a pesar de que como digo, quizá DE CASTRO sea no solo en esas líneas, sino a lo largo de todo su tratado, el autor español que ha tratado la condición jurídica de la mujer con espíritu más actual; reconoce la importancia del sexo, aun para la mujer soltera en nuestro Derecho: a/ al dedicar al sexo uno de los apartados, el sexto, dentro del capítulo que estudia el estado y condición de la persona al mismo nivel que la edad, la familia, los defectos físicos o enfermedad; b/ al declarar que el principio de igualdad no se ha desarrollado lógicamente, quedando una serie de disposiciones heterogéneas -- que discriminan la situación jurídica conforme al sexo de las personas; c/ al reconocer que el sexo es "una cualidad personal, unida íntimamente a la persona, con primordial importancia identificadora y calificadora"; y d/ exponiendo y estudiando a continuación una clasificación de las disposiciones que establecen diferencias puramente por razón del sexo.

(73)

ALBALADEJO niega igualmente "que haya un estado de hombre y otro de mujer", y en otro lugar dice que -- "hoy en nuestro derecho están prácticamente igualados".

Sin embargo en la misma página reconoce que "En nuestro derecho positivo son ejemplos de discriminación, -- según el sexo, normas como las siguientes" y cita una serie de ellas; y luego afirma que "la mayor parte de las incapacidades especiales que por razón de su sexo alcanzaban a la mujer han sido suprimidas por la ley de 24 de Abril --

de 1.958", si bien luego vuelve a reconocer que quedan algunas, que no tienen otra justificación que la diferencia de sexo.

(74)
SÁNCHEZ ROMÁN reconoce que el sexo es una causa modificativa de la capacidad civil, y que así ha sido reconocido por las leyes de todos los pueblos. Y después de pasar revista a la evolución en esta materia producida, y que en la época que él escribe -1.911- advierte que se está produciendo aún, concreta su opinión así: "el principio debe ser la igualdad entre ambos (hombre y mujer) -ante la norma jurídica- para su capacidad y personalidad individual, así como en sus comunes aplicaciones a los generales de la vida civil, económica y social; y la excepción, limitada a lo justificado y estrictamente preciso, que se concrete a la necesaria diferenciación", y concretamente - en el orden civil propugna "en lo que se refiere a la preferencia del hombre en la dirección y representación de la familia, aunque con el criterio de reducir los motivos de categoría y limitación a lo estrictamente indispensable, - salvando en el resto la independencia personal hasta donde lo permiten los fines de la sociedad conyugal y de mayor - garantía en lo patrimonial de la mujer casada, como ser jurídico sui iuris, igual que el marido, y manteniendo, en - todo lo demás, el criterio de igualdad de los sexos ante - la ley civil, para lo cual esta circunstancia no debe influir en la condición de las personas, cualquiera que sea su sexo, como propietarios, contratantes, herederos, etc."

(75)
PLANAS Y CASALS afirma que "el sexo en sí no-

puede constituir limitación alguna respecto la capacidad - en sentido lato, que llama el Código personalidad civil y - tampoco en general es causa para determinar limitaciones - en la personalidad jurídica". Es curioso observar si se -- compara a este autor con S. Román, y aunque la idea cen -- tral o el principio, como decía éste, es el mismo: la igual dad, PLANAS introduce una frase que casi vamos a ver reco gida textualmente en la ley de 1.958 "el sexo en sí", el - "sexo en sí solo"; y además es menos tajante, ya que dice - que no puede constituir limitación de la capacidad "en sen tido lato".

Sin embargo su postura es también muy clara, - - pues aunque reconoce que "hay casos en que las leyes consi deran que la mujer no se encuentra en igual condición jurí dica que el varón, y le impide realizar ciertos actos jurí dicos permitidos al varón", señala que "estas limitaciones han levantado muchas protestas, diciéndose que no son con formes al derecho natural ni a la naturaleza física e inte lectual de la mujer, sino resabios del antiguo derecho del hombre que no borró totalmente el cristianismo" y que "sin duda hay que reconocer que la corriente dominante es que - vayan desapareciendo algunas de las limitaciones de la ca pacidad de la mujer". Pero PLANAS en su papel de fiel in térprete del Código, termina diciendo "pero a pesar de - - ello todavía existen". Luego, después, las quita importan cia cuando termina diciendo después de citar alguna de - - esas limitaciones: "por punto general, no puede decirse -- que haya desigualdad entre los dos sexos pues quedan algu-

nas limitaciones que tienen su justificación y explicación en el natural deseo del legislador de asegurar la paz doméstica, o en la creencia de que para el desempeño de ciertos cargos, como la tutela, no se reúnen las condiciones necesarias para la administración, y todavía las pocas limitaciones que existen están destinadas a desaparecer, gracias al movimiento feminista".

Es muy interesante el resumen de PLANAS, porque cargando las tintas nos serviría para explicar la situación actual. El sexo, se proclama constantemente, no debe ser causa de discriminación jurídica; las limitaciones por esa causa no hay razón para mantenerlas, el progreso de la mujer ha continuado, las doctrinas igualitarias se han multiplicado y las constituciones y la opinión dominante lo han dado como un asunto resuelto, pero a pesar de ello no cabe duda que las limitaciones existen.

El esquema lógico es, pues, éste, contradictorio: a/ el sexo no debe determinar diferencia alguna (excluyendo el matrimonio que repetimos se dice es un problema de estado y no de sexo); b/ hay todavía limitaciones que deben desaparecer; c/ pero no deben desaparecer porque tienen alguna justificación: la paz doméstica (que no sirve para las ocasiones en que no se trata de problema familiar, o porque se consigue la paz oprimiendo a una parte), o la creencia de que la mujer no reúne condiciones (la mujer sin distinción, lo que va en contra de la primera afirmación de igualdad); d/ pero son pocas esas limitaciones y no puede decirse que haya desigualdad; e/ pero están desti

nadas a desaparecer y esto es lo curioso, "gracias" (luego parece que es bueno que desaparezcan) al movimiento feminista.

(76)
VALVERDE parte de la idea de que "el sexo ha sido siempre considerado como una causa modificativa de la capacidad de obrar", que "desde antiguo el hombre ha gozado de capacidad plena en todos los órdenes del derecho ... a diferencia de la mujer que no la ha tenido completa".

Dejando de lado su exposición histórica del problema en la que admite que "la condición jurídica de la mujer no pudo ser más deplorable", reconoce que aun en la -- época que escribía (1.925) "los modernos códigos civiles -- inspiranse en los viejos prejuicios de la inferioridad de la mujer. Y es claro, dice, que se impone una reforma trascendental en las legislaciones modernas, pues a ello obliga ... la marcha progresiva de la humanidad".

Y termina lamentando las limitaciones que nuestro código contiene respecto a la mujer. En cambio su opinión sobre la mujer casada es mucho más matizada, y prevé que es "de suponer que en la futura revisión se tengan en cuenta las ideas anteriormente apuntadas". Y cuando pasa a examinar las normas concretas del Código, señala que "existen después del código diferencias en cuanto a la capacidad por razón del sexo, que no se avienen con las necesidades actuales, ni con la tendencia de las legislaciones más perfectas".

(77)
F.C. DE DIEGO afirma que "La mujer soltera o viuda discrepa poco del hombre en cuanto a capacidad den --

tro del Derecho Privado. Existen, sí, algunas diferencias (aumentadas por el atraso de algunas legislaciones); pero reducidas a lo justo, son pequeñas diferencias de detalle, mínimas diferencias que no pueden justificar ni establecer un estado jurídico del hombre y la mujer. La mayor parte de las limitaciones que se imponen a la mujer tienen lugar en el matrimonio y proceden de él: una vez extinguido desaparecen. Afortunadamente hoy se acentúa más y más el dogma de la igualdad de los sexos en cuanto al goce de los derechos privados ... bien puede afirmarse que no es el sexo por sí, sino el matrimonio, el que las produce o provoca (las diferencias), por lo menos".

También DE DIEGO afirma por tanto que el sexo no es ya ni debe ser causa determinante de un especial estado. Defiende el dogma de la igualdad de los sexos en cuanto al goce de los derechos privados. Reconoce que quedan algunas diferencias, muchas de ellas debidas al atraso de las legislaciones. Y hace al fin el quiebro tradicional de que no el sexo sino el matrimonio es la causa principal de diferencias. Es indudable que esto es así, pero no debe oscurecer la existencia de diferencias, injustificadas, y todavía subsistentes; diferencias que luego, tanto éste como los otros autores, al enumerarlas, critican o señalan su falta de justificación.

Podemos concluir el examen de la postura de DE -- DIEGO, progresiva y razonable como todas las de nuestros autores, con una frase suya: "la capacidad jurídica es una y la misma en ambos, y las modificaciones que aporta a --

ella el sexo son solo accidentales y de detalle".

(78)
MANRESA toca el tema más de pasada, pues dice que "Respecto a la incapacidad de la mujer casada -que es a lo que virtualmente queda reducida la antigua incapacidad por razón del sexo- se ha de observar que más que de una verdadera incapacidad se trata de una de las llamadas prohibiciones de contratar".

(79)
PÉREZ Y ALGUER, en sus conocidas notas, juntamente dicen que "En el C. civil son pocas las limitaciones de la capacidad de la mujer soltera o viuda, pero estas pocas limitaciones carecen de fundamento".

(80)
CASTÁN dice "Que en las codificaciones y leyes modernas se ha llegado ya, prácticamente, a admitir la igualdad de los sexos en la esfera del Derecho privado, en particular para la mujer soltera o viuda, quedando todavía algunas desigualdades -que van siendo abolidas paulatinamente en muchos países- en contra de la mujer casada", y refiriéndose a nuestro derecho dice que "el Código suprimió, con buen acuerdo, las antiguas prohibiciones que se imponían a la mujer para adoptar y ser fiadora. Pero todavía se registran, a través del articulado de este Cuerpo legal, algunas diferencias en la condición jurídica del hombre y la mujer, que a veces tienen un fundamento natural, derivado de su respectiva constitución física, y otras responden a ideas tradicionales". Y a continuación las enumera sin emitir juicio sobre su procedencia o injustificación.

(81)
Y el mismo autor, en "La condición social y-

jurídica de la mujer", en donde estudia el tema mucho más-extensamente, establece los siguientes puntos básicos: "estamos de acuerdo en la estimación del supuesto básico de -- que uno y otro sexo han de ser iguales en dignidad y valor moral, y no tiene título el hombre para erigirse en centro único de dirección de la vida humana" (pg. 77). "Indudable-mente caben y son deseables algunas reformas en orden a -- los derechos de la mujer. Pero nos parece que nuestra ac-tual situación legislativa y social no es tan injusta con-el sexo femenino que reclame tales reformas -salvo en algu-nos posibles detalles- con caracteres de gran urgencia" -- (pg. 197). "Entendemos, en conclusión, que cabe acometer -- de momento la reforma de aquellos preceptos legales que -- afecten a la capacidad civil de la mujer, sin relación es-trecha con el sistema general de nuestro Derecho de fami-lia" (pg. 199). "Ciertamente en la esfera del Derecho pri-vado no hay, en la actualidad, razones poderosas que obli-guen a restringir la capacidad y derechos de la mujer sol-tera o viuda. Pero ya en el Código civil hay escasísimos -- vestigios de este tipo de restricciones" (pg. 199). "No se precisan grandes reformas pues en general, está presidido-nuestro ordenamiento legal por el principio, preconizado -- por las doctrinas y legislaciones modernas de la igualdad-de los sexos. Verdad es que en buen número de artículos de nuestro Código civil se registran disposiciones que respon-den a un desigual trato de los sexos. Mas ... no se refle-ja en tales normas un criterio que menosprecie a la mujer- o ponga en entredicho su capacidad de obrar. Hay sin embar

go, como excepción, algunas normas limitativas de la capacidad de la mujer que acaso no representan más que supervivencias históricas, y habrán de ser sometidas, más pronto o más tarde, a una prudente revisión".

Se refleja en CASTÁN su buen sentido tradicional, su prudencia, y una grave preocupación, sobre la que volveremos, por la defensa de la cohesión familiar y por rechazar los excesos de un feminismo dogmático que olvida las diferencias naturales del hombre y la mujer. Pero su posición es clara en cuanto a la igualdad jurídica de los sexos, la no existencia de un estado civil por razón del sexo, la plena capacidad de la mujer soltera o viuda, y la existencia de una serie de normas discriminatorias, que a su juicio no son graves, y que hay que enmendar, aunque en su opinión la tarea no era urgente.

(82)
PUIG PEÑA indica que "Nuestro Código civil, si bien se inspiró, respecto de nuestra legislación antigua en un criterio más amplio y generoso, ... ha conservado hasta ahora intensos vestigios de la antigua incapacidad general de la mujer".

(83)
ESPÍN afirma que "En el Código civil ha desaparecido la antigua incapacidad general de la mujer, siendo ésta, por tanto, plenamente capaz, como se desprende -- del artículo 32, regulador de las causas de incapacidad, en que se omite toda referencia al sexo" y que "Por consecuencia de estas leyes (las de 1.958 y 1.961) puede afirmarse que el Derecho español reconoce el principio de equiparación de la mujer al varón, fuera de las relaciones ma-

trimoniales, principio que es de justicia y corresponde al grado de cultura alcanzado por la mujer española que no es inferior al del varón. No obstante quedan en el ámbito del Derecho privado algunos vestigios del antiguo principio -- discriminatorio, clara reminiscencia de ideas superadas -- que deberían desaparecer".

(84)
RUIZ VADILLO , autor de la obra general de Derecho civil más reciente, es naturalmente más expeditivo -- al tratar el tema. "Solo concepciones absolutamente superadas, afirma, han podido hacer del sexo femenino una circunstancia restrictiva de la capacidad. Hoy, en nuestro Derecho privado, hombre y mujer están prácticamente igualados".

Del examen de toda esta doctrina creo que se pueden ya sacar una serie de conclusiones:

1ª. Ningún autor actual estima justificado que -- haya diferencias en cuanto a la personalidad o a la capacidad jurídica por razón del sexo en el campo del derecho -- privado, que es en el que nos movemos constantemente.

2ª. Ningún autor actual considera que la diferencia de sexo determine un diferente estado civil de las personas; si bien todos ellos reconocen que esa diferencia es algo tan esencial a la persona que no puede ser olvidada -- por el Derecho que en algunos casos tiene que tratar a cada sexo de acuerdo con esa diferencia, y que esto determina -- una especialidad de normas en ciertas materias, pero sin -- que esa especialidad deba significar inferioridad de ninguna de las partes.

3ª. Prácticamente todos los autores hacen alguna afirmación, con mayor o menor vigor, de que ambos sexos -- son iguales ante el Derecho, pero no extraen las consecuencias de esa afirmación.

4ª. Ningún autor critica ordenadamente nuestro sistema normativo por no ser consecuente con sus principios inspiradores, y después de afirmar esa igualdad ante el Derecho pasan a examinar, sin un esfuerzo de examen -- exhaustivo, completo y crítico, las normas que proclaman o imponen evidentes desigualdades. Es natural que examinen esas normas, ya que para que sus estudios o tratados sean completos deben estudiar con la extensión en cada caso adecuada por la naturaleza del tratado u obra, esas situaciones. Lo que llama la atención es que esas diferencias, aun en el caso de que signifiquen verdadera discriminación para la mujer, no merezcan una palabra de crítica, o éstas sean ligerísimas.

5ª. Aún más; en muchos casos las afirmaciones de igualdad son programáticas y podríamos decir de tipo constitucional, en el campo de los principios, o para tranquilizar inconscientemente su conciencia de científicos. Porque se vé que en el fondo no creen o no viven, jurídicamente hablando, esa igualdad. ALBALADEJO dice "están prácticamente igualados"; la inclusión del adverbio refleja perfectamente el pensamiento del autor; no están igualados, pero están bastante igualados; prácticamente, es lo contrario -- de teóricamente, que es precisamente lo que debían estar -- de acuerdo con los principios de nuestro código civil, y --

precisamente en donde no están igualados es en la práctica. Luego de la citada obra viene a deducirse que la igualdad no es ni teórica ni práctica. Lo cual no es ninguna -- crítica nuestra para este autor, que hace un análisis exacto de la realidad jurídica, y de cuya lectura se saca una descripción verdadera de la situación jurídica de hombre y mujer; si bien no hay dos estados y no se debe conceder mayor capacidad de obras al hombre que a la mujer, la verdad es que ni teórica ni prácticamente esa igualdad está recogida por nuestra normativa, cuando ésta se estudia atentamente.

6ª. Falta en nuestra doctrina un examen atento -- de cuál es la verdadera situación jurídica de la mujer soltera en el Derecho privado, y mucho más falta un intento -- de extraer de los principios inspiradores de nuestras leyes: primero los códigos, luego las leyes posteriores, especialmente las de 1.958 y 1.961, las consecuencias naturales y aplicarlas a la normativa vigente, y falta, más aún, una labor reivindicativa de la posición que a la mujer soltera ha querido dar nuestro legislador y un intento de llamar la atención sobre cuál es la verdadera condición jurídica de la mujer soltera.

- - - - -

V.- SITUACIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE

Después de pasar revista a las principales afirmaciones doctrinales sobre la capacidad de la mujer soltera, y de haber sentado esas conclusiones provisionales como resumen de esa doctrina, vamos a intentar aclarar primero cuál es el sentido de nuestras leyes principales, fundamentales o no, y obtener los principios generales que inspiran a nuestra legislación en esta materia, y en segundo-lugar, examinar los preceptos que contienen un distinto --tratamiento para hombre y mujer, independientemente del matrimonio, distinguiendo al examinar esos preceptos cuál es la situación actualmente vigente, y cuál sería la solución lógica o aconsejable, de acuerdo con los principios generales primeramente obtenidos, en el caso de que exista diferencia entre las normas generales y las particulares.

A.- EN LOS CÓDIGOS CIVIL Y MERCANTIL.

Las que consideramos normas directrices en esta-materia son en primer lugar los códigos civil y mercantil, por razón de su valor ejemplar y omnicomprensivo dentro --del Derecho privado, por ser los dos cuerpos fundamentales en los que se pretende que está contenido este derecho en-

nuestro país, e incluso por ser verdaderamente derecho supletorio e integrador de las normas especiales.

De su criterio general ya hemos hablado hace -- unas páginas, y aunque sea brevemente queremos recordar -- cuál es la idea de ambos Códigos de equiparación de hombre y mujer, cuando no se trata de la mujer casada.

El Código civil no habla para nada de la mujer -- en lo que pudiéramos considerar su mínima parte general. -- El artículo 32 no considera al sexo, ni a la condición femenina, como una causa de restricción de la personalidad. -- En cambio en lo que pudiéramos considerar parte general de las relaciones matrimoniales sienta inmediatamente unas -- afirmaciones que demuestran claramente cuál es su mentalidad en este punto; la mujer está sometida al marido, debe obedecerle (art. 57), tiene necesidad en la mayor parte de los casos de la licencia del marido para actuar patrimonialmente (art. 60), y el marido tiene una autoridad especial. A lo largo de todo el código nos vamos a encontrar -- multitud de preceptos que sacan consecuencias de este criterio. Pero, y esto es lo único que de momento queremos dejar ahora claro, no nos debe equivocar esta situación para extender estas limitaciones a la mujer no casada, porque -- el principio director del código es precisamente el contrario.

El Código de Comercio viene inspirado por las -- mismas ideas. Tampoco hay ninguna diferenciación apriorística entre hombre y mujer. Puede ser comerciante y con las mismas facultades uno y otro (art. 3). Cuando habla de los

extranjeros tampoco distingue entre hombre y mujer (art. - 15), y lo mismo sucede cada vez que tiene ocasión de referirse a las personas físicas en general: con ocasión de -- las sociedades, de los estados del comerciante, etc. Su -- criterio es también de equiparación tácita, natural podríamos decir de ambos sexos. Incluso como el Código civil no -- siente la necesidad de hacer una declaración formal sobre esta igualdad. Sencillamente parte de ella.

En cambio también desde el primer momento se advierte el criterio limitativo para la mujer casada. Los -- arts. 6, 7 y 8 consagran la dependencia de la mujer respecto de su marido para todo lo relativo al ejercicio del comercio.

B.- EN LAS LEYES FUNDAMENTALES.

En segundo lugar, las leyes fundamentales estrictamente dichas, de entre las cuales contienen normas que -- rozan nuestra materia el Fuero del Trabajo, el Fuero de -- los Españoles, y los Principios fundamentales.

Las leyes fundamentales españolas vigentes que -- constituyen el conjunto normativo de carácter constitucional, no contienen una declaración formal sobre el trato -- igualitario de hombre y mujer, ni una consagración tan explícita como la que hizo la Constitución española de 1.931, que decía en su artículo segundo: "Todos los españoles son iguales ante la ley", pero que además se refería al sexo -- expresamente en varias de sus disposiciones. En el artículo 25 al afirmar: "No podrán ser fundamento de privilegio-

jurídico: la naturaleza, la filiación, el sexo, ..."; en el 36 al decir "Los ciudadanos de uno y otro sexo, mayores ⁽⁸⁵⁾ de veintitrés años , tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes"; en el 40 cuando sentaba que "Todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen"; y sobre todo en el 43 cuando declaraba que "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos".

Prescindiendo de esta última declaración que se refiere más a la mujer casada que a la soltera o viuda, y que sí marca una gran diferencia tanto con el régimen anterior a 1.931, como con el posterior a 1.936 o 1.939, la verdad es que, las demás declaraciones, si bien importantes, son coincidentes con las que se contienen en las leyes fundamentales posteriores a 1.939, y que en lo que se refiere al campo del derecho privado no hacían sino consagrar lo que era un principio ya implícito en nuestros códigos, y explícito en nuestros autores: que el sexo no debe determinar diferencia de capacidad jurídica, ni constituye un estado civil. Ello naturalmente no quita importancia a la formulación expresa de ese principio, que indudablemente en el año 1.931 pudo tener una trascendencia que ahora con la perspectiva de cuarenta años más no es fácil de calibrar.

Lo que sí es muy curioso es que, a pesar de que las declaraciones de aquella Constitución, son más explíci

tas que las de las leyes fundamentales posteriores, no se acometió ninguna modificación del Código civil en esta materia de la capacidad de la mujer soltera durante los años de la vigencia de aquella constitución, y en cambio después de 1.939 hay al menos tres modificaciones en 1.952, 1.958 y 1.972 que expresamente modifican artículos del Código civil relativos a los derechos de la mujer soltera.

De las Leyes Fundamentales nos interesan exclusivamente al objeto de nuestro estudio la Ley de Principios del Movimiento Nacional de 17 de Mayo de 1.958, el Fuero de los Españoles de 17 de Junio de 1.945 y el Fuero del Trabajo de 9 de Marzo de 1.938, ya que todas las demás se refieren a temas: Cortes, Referendum, Sucesión, que son estrictamente de derecho público.

a). El Fuero del Trabajo.

El Fuero del Trabajo no distingue, como es tradicional en nuestros textos legales, entre hombre y mujer, y como ya decía SÁNCHEZ ROMÁN⁽⁸⁶⁾ tomándolo de la ley 6ª, título 33, de la Partida VII, siempre que "las leyes hablan en general del hombre, comprenden también a la mujer", ya que emplean el término hombre como sinónimo de persona humana. El Fuero afirma:

I.1.- "El trabajo es la participación del hombre en la producción mediante el ejercicio voluntariamente -- prestado de sus facultades intelectuales y manuales, según la personal vocación en orden al decoro y holgura de su vida y al mejor desarrollo de la economía nacional."

I.4.- "El Estado valora y exalta el trabajo, fecunda expresión del espíritu creador del hombre y, en tal sentido, lo protegerá con la fuerza de la Ley, otorgándole las máximas consideraciones y haciéndole compatible con el cumplimiento de los demás fines individuales, familiares y sociales."

I.8.- "Todos los españoles tienen derecho al trabajo. La satisfacción de este derecho es misión primordial del Estado."

II.1.- "El Estado se compromete a ejercer una acción constante y eficaz en defensa del trabajador, su vida y su trabajo. Limitará convenientemente la duración de la jornada para que no sea excesiva, y otorgará al trabajo toda suerte de garantías de orden defensivo y humanitario. - En especial prohibirá el trabajo nocturno de las mujeres y niños, regulará el trabajo a domicilio y libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica."

Éstas son las únicas normas de aquella ley que indirectamente se refieren al tema que nos ocupa. En la declaración I. hay tres apartados que consagran que el trabajo es participación del hombre en la producción, que deber ser compatible con el cumplimiento de los demás fines del hombre individuales, familiares y sociales, y que todos -- los españoles tienen derecho al trabajo.

No cabe duda que de acuerdo con estos principios la consagración del derecho al trabajo de la mujer en igualdad de derechos con el hombre era clara. Cuando el Fuero afirma que "todos los españoles tienen derecho al trabajo",

no distingue entre hombre y mujer, si bien dicho trabajo - ha de ser compatible "con el cumplimiento de los demás fines individuales y familiares", y por tanto cabe pensar -- que la mujer, en aras del puesto que le corresponde en la familia, podrá tener un tratamiento especial.

Esta idea se robustece en el párrafo 1 de la declaración II., en el que se propone "prohibir el trabajo nocturno de las mujeres", norma de indudable sabor antiguo que de una parte está inspirada sin duda en el deseo de -- protegerla, pero por otra encierra una diferenciación no -- totalmente justificada. El mismo doble sentido tiene la -- afirmación de que "libertará a la mujer casada del taller y de la fábrica".

Este último párrafo se refiere solo a la mujer-casada, y está dictado, probablemente, por el valor reconocido a la familia como célula fundamental de la organización española. Fuera de él no existe pues ninguna diferencia entre los derechos del hombre y la mujer soltera al -- trabajo, salvo esa norma que pretende mejorar la posición de la mujer, eliminándola del trabajo nocturno, probablemente por ser el más duro e incómodo, por la condición más débil de la naturaleza femenina, y quién sabe también si -- por reminiscencias de defensa del pudor de la mujer y de la idea histórica y hoy superada de los peligros de esas horas.

La ley de 1.961 ha desarrollado estas ideas de -- la ya antigua ley de 1.938, consagrando como hemos visto -- que "La ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al

varón para el ejercicio de toda clase de actividades de -- trabajo" (art. 1º) y que "La mujer puede celebrar toda clase de contratos de trabajo ..." (art. 4º,1).

E incluso su exposición de motivos ha matizado -- las dos afirmaciones de la declaración II,1 del Fuero del Trabajo, que eran las únicas que tenían una ligera influencia anticuada o discriminatoria. En cuanto a la calidad de los trabajos de la mujer en general, incluyendo por tanto la soltera, diciendo que "como el reconocimiento de su plena capacidad para la contratación de su trabajo, sin otra cortapisa que la derivada de la existencia de trabajos que exijan esfuerzos desmesurados, respecto de las cuales, tanto la pura naturaleza, como las convenciones internacionales sobre la materia suscritas por España, imponen la limitación", y no hablando, por tanto ya, de trabajos diurnos ni nocturnos, sino desmesurados o que no estén de acuerdo con su naturaleza.

Y en cuanto a lo de libertar a la mujer casada -- del taller y de la fábrica diciendo "que aunque esa regla -- sigue siendo norma programática", esta norma "no veda el acceso de la mujer a la multiplicidad --por lo demás cre -- ciente-- de ocupaciones no manuales, ni en cuanto a las manuales puede ni debe conseguirse por normas prohibitivas y discriminatorias, que más perjuicios que beneficios causan, sino por la elevación de las rentas de trabajo, reales y -- no nominales del marido que ... permitan al cabeza de familia el mantenimiento con lo procedente de su solo trabajo y esfuerzo de un nivel digno de vida para su familia". Es-

decir que rechaza que en base a esa declaración se imponga a la mujer casada ninguna limitación a la hora de optar -- por un trabajo, ya que la libertad debe venir por el suficiente nivel de ingresos de la familia, no por impedir a la mujer casada que tenga vocación laboral la posibilidad de practicar su oficio, trabajar su profesión o ejercer su carrera. La única limitación es la que incluye el artículo 4º de esa ley de exceptuar a la mujer de los trabajos penosos, peligrosos o insalubres, que vengan determinados por las disposiciones reglamentarias.

El principio que se obtiene por tanto del examen del Fuero del Trabajo y de la legislación que lo desarrolla es el de idéntica capacidad jurídica del hombre y mujer soltera en el campo del trabajo, reflejo de su idéntica capacidad jurídica general ⁽⁸⁷⁾.

b). El Fuero de los Españoles.

El Fuero de los Españoles sigue el mismo criterio del Fuero del Trabajo. Habla de los españoles en general, sin emplear ni una sola vez la palabra mujer. La mujer, lógicamente, es un español más. No existe en él, y es quizá la ley fundamental en materia de derechos civiles de los ciudadanos, la menor sombra de discriminación por el sexo. Los preceptos que más interesa recordar ahora son:

El párrafo 3 es decisivo en cuanto que afirma -- que no hay entre los españoles preferencia por razón de -- clase o de personas, y como consecuencia no se podrá introducir diferencia entre unos y otros por razón del sexo.

El párrafo 5 reconoce el derecho sin distinción de recibir educación e instrucción, y por lo tanto de alcanzar la misma capacidad intelectual sin diferencia tampoco por razón del sexo.

Los párrafos 10 y 11 les reconocen el derecho a participar en las funciones públicas de carácter representativo, a través de la familia y de desempeñar cargos y -- funciones públicas según su mérito y capacidad. Y de que tales normas comprenden por igual a hombres y mujeres, tenemos evidentes pruebas. Además de la consideración de la mujer como cabeza de familia al mismo nivel que los hombres en la elección de Procuradores familiares (tanto como electores o como elegibles), la ley del Referendum de 22 de Octubre de 1.945 dice en su artículo 2 que "el referendum se llevará a cabo entre todos los hombres y mujeres mayores de veintiún años"; y la ley de 1.961 además de citar en su exposición de motivos las declaraciones 11 y 24 del Fuero de los Españoles como reconocedoras de esa igualdad de sexos: "El principio de no discriminación por razón de sexo ni estado en la titularidad y ejercicio por los españoles de los derechos políticos, profesionales y laborales está terminantemente reconocida por el Fuero de los Españoles", explícitamente desarrolla esa idea afirmando en su artículo 1º que "la mujer tiene los mismos derechos que el varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas y profesionales" y en su artículo 2º que "La mujer puede participar en la elección y ser elegida para el desempeño de cualquier cargo público".

El párrafo 22 contiene una afirmación muy importante en la materia de la que tratamos, aunque no se refiera al hombre ni a la mujer individualmente. "El Estado reconoce y ampara a la familia como institución natural y -- fundamento de la sociedad, con derechos y deberes anteriores y superiores a toda ley humana positiva", dice. Con -- ello consagra el reconocimiento de la familia como institución básica, y en cierto sentido superior a la consideración aislada de sus miembros. Es decir pone el acento en -- el carácter supraindividual y orgánico de la familia, y -- consagra su carácter de institución natural y de fundamento de la sociedad. Es ésta una norma de enorme importancia que en la segunda parte de nuestro estudio tendremos que -- considerar frecuentemente, pero que no se interfiere en absoluto con la idea que el Fuero viene manteniendo de no -- distinguir entre hombre y mujer en cuanto a capacidad jurídica.

Especialmente importante es la declaración del -- número 23. "Los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos. El Estado suspenderá el ejercicio de su patria potestad o privará de ella a los que no la -- ejerzan dignamente". Es quizá la declaración más expresiva en la materia que nos ocupa.

No se refiere ya a los españoles en general, sino a los padres, y no cabe duda que se refiere a padre y -- madre. La utilización del plural es inequívoca; y además -- no puede ser de otra manera, cuanto que según el Código civil la patria potestad la pueden ejercer uno u otro. Natu-

ralmente el Fuero no pretende modificar el sistema del Código civil e imponer la patria potestad conjunta. Pero es muy revelador del cambio de criterio, en esta materia operado, que ya en 1.945 el legislador se exprese de manera tan comprensiva e igualitaria para madre y padre. Habla de los padres sin establecer graduación, y declara que es -- obligación de ambos alimentar, educar e instruir a sus hijos, y reconoce la posibilidad de privar de la patria potestad a los que no la ejerzan dignamente. Otra vez no pretendemos apuntar que el Fuero modifique el Código civil, -- sino extraer su sentido, indudablemente más amplio y progresivo, que el más cerrado del Código. Ciertamente que una cosa es hacer declaraciones programáticas y otra enumerar -- causas de suspensión o privación de la patria potestad, pero eso no quita su valor a la forma de producirse el Fuero de los Españoles a la hora de fijar sus criterios y extraer los principios generales de nuestro derecho vigente.

Por último el párrafo 24 consagra, ratificando y aclarando el Fuero del Trabajo, el derecho de todos los españoles, sin distinción de hombre y mujer, al trabajo. La declaración 24 afirma que "Todos los españoles tienen derecho al trabajo y el deber de ocuparse en una actividad socialmente útil".

c). La Ley de Principios del Movimiento Nacional.

La ley de 17 de Mayo de 1.958 de Principios del Movimiento Nacional es extraordinariamente breve. Aun así hay dos de los principios que reconocen la igualdad de tra

to entre todos los españoles, y que reafirman las ideas de igualdad de derechos de hombre y mujer. El principio V. -- afirma "La ley ampara por igual el derecho de todos los españoles", ratificando así la declaración 3 del Fuero de -- los Españoles que ya hemos comentado antes.

Y el principio VIII, en su párrafo segundo, dice: "Todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas según su mérito y capacidad", recogiendo la -- declaración 11 del mismo Fuero que luego es citada por la -- Exposición de Motivos que la Ley de 22 de Julio de 1.961, -- para motivar los preceptos de esa ley que ya también hemos comentado.

En resumen, después de examinar nuestras leyes -- fundamentales vigentes, creemos poder afirmar que, aunque -- no contienen unas proclamaciones tan explícitas como las -- de la Constitución de 1.931, el principio que las inspira -- es el de la igualdad de todos los españoles, sin distin -- ción de sexo, ante la ley, y el de reconocer idéntica capa -- cidad jurídica a hombres y mujeres, y no solo en el campo -- de los derechos privados, sino también en el de los dere -- chos públicos. Principios que si podían estimarse dudosos, -- por la falta de declaraciones o referencias específicas al -- sexo, han sido suficientemente aclarados por las leyes pos -- teriores de 1.958, 1.961 y 1.972.

C.- LEYES POSTERIORES SOBRE LA MUJER.

En tercer lugar, las leyes posteriores que con -- carácter especial se han dedicado a tratar el tema de la --

mujer. Entre éstas creemos que hay tres fundamentales:

1. La ley de 24 de Abril de 1.958.

Tiene un doble valor; es primero, como dice su Exposición de Motivos, la más extensa de las modificaciones del Código civil, y como tal tiene el mismo rango del Código, y es además una ley referida principalmente al régimen del matrimonio y por repercusión a la mujer.

La Exposición de Motivos reconoce que aunque dada para acomodar el ordenamiento al concordato, la ley "aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer, que hace mucho tiempo se hallaba planteado". La ley es pues consciente de la existencia de este problema y toma posiciones ante él. Reconoce que existe el problema de la capacidad de la mujer en términos generales, que es un tema que se hallaba planteado desde hacía tiempo, es decir que existía una preocupación en el campo de la ciencia jurídica y en el ambiente social sobre la situación jurídica de la mujer, ya que en los casi setenta años transcurridos desde el Código civil la evolución de la mentalidad y de la doctrina sobre la condición de la mujer había sido muy notable, y que existían limitaciones a la capacidad de la mujer en general.

Esto último se afirma en el tercer párrafo de la Exposición de Motivos cuando dice: "Nota común a los códigos civiles elaborados en el pasado siglo fue dedicar mayor atención a los aspectos económicos y patrimoniales que a los puramente personales. La presente Ley, en cada uno

de los temas mencionados, se preocupa ante todo del aspecto personal, para consagrar un mayor respeto a la libertad de contraer matrimonio; para mejorar la situación jurídica del adoptado y para liberar a la mujer de ciertas limitaciones en su capacidad. No se han omitido, sin embargo, -- los aspectos patrimoniales, que, por lo demás, eran de -- obligada consideración, pero siempre sin olvido de la primacía de los valores de la persona, y así es fácil observar que los criterios de reforma están orientados por los acogidos en el orden personal."

La Exposición de Motivos sigue un criterio (debe ser muy difícil por lo visto librarse de él) semejante al de muchos de nuestros mejores autores. Reconoce que no hay razón para que existan desigualdades, reconoce que existían limitaciones a la mujer, y que deben desaparecer; pero luego no examina con atención cuáles son éstas y por -- tanto no las hace desaparecer, y por último empieza a hablar de la mujer en general y pronto lo olvida para dedicarse a tratar solo de la mujer casada. Más adelante veremos si los criterios respecto de la mujer casada son acertados o no, pero ahora lo único que queremos poner de relieve es ese deslizamiento del problema de la mujer en general al mucho más especial y difícil de la mujer casada.

La Exposición de Motivos se plantea el tema de -- la "capacidad jurídica de la mujer en general", y manifiesta que la ley se inspira en "el principio de que tanto en un orden natural como en el orden social, el sexo por sí -- solo no puede determinar en el campo del Derecho una dife-

rencia de trato". Sigue la ley así una posición mantenida-unánimemente por la doctrina moderna tanto española como -extranjera. La ley no hace ninguna declaración programática de equiparación o igualdad de los sexos, declaración --que por su carácter de ley positiva y no de rango constitucional es dudoso le correspondiera hacer. En mi opinión, -desde un punto de vista técnico se mantiene dentro de su -campo estricto de derecho privado, y hace una declaración-prudente pero importante; el sexo no puede determinar por-sí solo una diferencia de trato en el campo del Derecho ci-vil. Es decir el sexo no es una circunstancia modificativa de la capacidad; con ello sigue el criterio que ya tenía -el Código civil, y la forma de pensar del artículo 32; no-existe un estado civil de hombre y otro de mujer; la capa-cidad es igual para uno que para otro sin perjuicio de que el hombre y la mujer tengan diferencias basadas en la Natu-raleza, pero no mayor o menor capacidad jurídica.

La Exposición sin embargo introduce en este pá-rrafo una expresión modalizante "el sexo por sí solo". En-nuestra opinión esta frase precautoria está puesta aquí --pensando en lo que siempre es preocupación dominante cuan-do se trata el tema de la capacidad de la mujer: el matri-monio. El sexo por sí solo no determina diferencia de tra-to, pero se prepara para decir que el sexo mas el matrimo-nio sí determina esa diferencia. Más adelante lo dice casi expresamente, aclarando así ese inciso "por sí solo" "Si -bien es cierto que el sexo, por sí, no debe dar lugar a di-ferencias y menos a desigualdades de trato jurídico civil,

ha parecido igualmente claro, hasta el punto de estimarlo también como principio fundamental, que la familia, por -- ser la más íntima y esencial de las comunidades, no puede originar desigualdades, pero sí ciertas diferencias orgánicas, derivadas de los cometidos que en ella incumben a sus componentes, para el mejor logro de los fines morales y sociales, que conforme al Derecho natural, está llamada a -- cumplir". No debe por tanto preocuparnos en el punto del -- análisis en que nos hallamos aquel inciso o modalización; -- la mujer mientras no esté casada, es decir la mujer soltera o viuda, tiene la misma capacidad que el hombre, y éste es el principio en que la ley se inspira.

Por ello, a continuación de consagrar ese principio, rechaza que la diferencia de sexo "se traduzca, en algún modo, en la limitación de la capacidad de la mujer, a -- los efectos de su intervención en las relaciones jurídi -- cas".

La afirmación es acertada y no puede ser más importante. Ha reconocido antes que quedaban ciertas limitaciones a la capacidad de la mujer, y reconoce que no deben existir. El principio general que nos debe servir como criterio interpretativo de toda nuestra legislación es evidente: hombre y mujer tienen la misma capacidad, no debe in -- terpretarse ninguna norma en detrimento de ninguno de los -- dos por razón de su sexo, y como conclusión deben desaparecer las limitaciones a la capacidad de la mujer; afirma -- ción que no es preciso hacer para el hombre, ya que por -- serlo no las tenía. Todo ello es lógico por el sentido en --

que han evolucionado las leyes, por la situación de donde-partimos y aquella a la que vamos a parar. E inmediatamente, a renglón seguido, saca la consecuencia lógica del - - principio: hay que revisar las excepciones que presentaba-el Código civil.

Lo que sucede es que aquí se produce una inconse-cuencia, probablemente por falta de análisis, ya que no po-demos achacar al legislador la astucia de sentar una afir-mación teórica como la precedente, y no querer sacar sus - consecuencias, haciéndonos creer que ha resuelto todas las diferencias de trato dejando a las mujeres ser tutores y - testigos en los testamentos. El legislador, no ha examina-do con atención todas las excepciones, se ha quedado solo-en las más llamativas, aunque ni con mucho las más impor - tantes. Y en seguida obsesionado con el tema práctico fun-damental: la mujer en la familia, se mete de lleno en él.

Pero en el párrafo anterior se ha dejado sin to-car algunas de las excepciones del Código civil, que no es-tán justificadas por implicar diferencias de trato por el-sexo, que él, nos acaba de decir, que no deben existir. Al-guna de ellas tan relevante como la del art. 321 sobre la-que tendrá que volver 14 años después.

Aun con este defecto, importantísimo, ya que si-no hubiera existido, todas las diferencias entre el hombre y la mujer solteros, o por razón del sexo por sí solo, de-berían haber desaparecido en 1.958, del análisis de esta - ley ha quedado claro cuál es su principio general inspira-dor.

Este principio general no es que lo imponga la ley de 1.958 por primera vez, sino que la inspira a ella, es decir que es anterior y es el mismo que ya inspiró al Código civil y que nuestra mejor doctrina tenía reconocido: "el sexo no puede determinar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato".

2. La ley de 22 de Julio de 1.961.

Es ésta una ley que más bien puede considerarse de derecho público que de derecho privado. No obstante ello contiene una serie de afirmaciones que son trascendentales para conocer la forma de pensar del legislador sobre la condición de la mujer, sobre su personalidad, sobre su capacidad jurídica, sobre el puesto que le corresponde en la sociedad española. Es también importante por el momento más reciente en que se dicta, por las afirmaciones generales contenidas en su exposición de motivos y porque aunque eminentemente política abarca en su artículo 1º tres campos de actividades de la mujer: las políticas, las profesionales y las de trabajo, y si bien las primeras entran de lleno en el campo público, las de trabajo tienen una clara doble vertiente pública y privada, y las profesionales son eminentemente de derecho privado y afectan directamente a los problemas de la capacidad jurídico-privada de la mujer.

Si a todo esto añadimos la generalidad del efecto derogatorio de su segunda disposición final, veremos que es indispensable su estudio para conocer los princi --

pios fundamentales que inspiran nuestra legislación para -
determinar la capacidad jurídica de la mujer.

Su Exposición de Motivos es todavía mucho más ex
plícita que la de la ley de 1.958. "El principio de no dis
criminación por razón de sexo ni estado en la titularidad-
y ejercicio por los españoles de los derechos políticos, -
profesionales y laborales está terminantemente reconocido-
por el Fuero de los Españoles", empieza diciendo. Observe-
mos lo tajante y extenso de su afirmación; no se refiere -
solo a la titularidad de los derechos, forma de enmascarar
diferencias que no se quieren proclamar, sino también a su
ejercicio; no se refiere solo al sexo sino al estado, con-
lo que impone que no se limite la capacidad, como tantas -
veces ha sucedido, acudiendo no solo al sexo, sino al esta-
do -matrimonial- en que la mujer se puede encontrar, y es-
tá -dice- terminantemente reconocido ese principio.

Inmediatamente del principio saca una conclusión:
que "la presente ley no tiene por objeto otra finalidad --
que la de desarrollar y dar aplicación efectiva a tales --
principios"; es decir, que el principio ya estaba reconoci
do pero no se había desarrollado bastante o no se había --
aplicado efectivamente; y para ello lo que hay que hacer, --
lo dice a continuación, es "suprimir restricciones y dis -
criminationes basadas en situaciones sociológicas que per-
tenecen al pasado, y que no se compaginan ... con la capa-
cidad de la mujer española" ⁽⁸⁸⁾.

Siguiendo con sus análisis, reconoce que hay dos
circunstancias, así las llama, que influyen en la regla -

ción jurídica: el sexo y el estado.

Respecto al sexo es también tajante. Es mucho -- más avanzada que la ley de 1.958 en la forma de tratar el estado pero de ese tema trataremos después. Nos limitamos -- pues al sexo.

"Resulta evidente, dice, que el sexo por sí solo no puede implicar limitación". Recoge el principio general, así lo califica, de la ley de 1.958 y lo traslada al campo de los derechos políticos, profesionales y de trabajo. Reconoce el acceso a los distintos Cuerpos y carreras de funcionarios de la mujer, y su plena capacidad para la contratación de su trabajo. La formulación de las normas es todavía más rigurosa que las mismas expresiones de la Exposición de Motivos. El art. 1º dice: "La Ley reconoce a la mujer los mismos derechos que al varón para el ejercicio de toda clase de actividades políticas, profesionales y de trabajo, sin más limitaciones que las establecidas en la presente Ley", y el art. 4º: "La mujer podrá celebrar toda clase de contratos de trabajo.- En las Reglamentaciones de Trabajo, Convenios colectivos y Reglamentos de Empresa no se hará discriminación alguna en perjuicio del sexo o del estado civil, aunque este último se altere en el curso de la relación laboral". (89) El artículo 5º referido a la mujer casada, si bien respeta el sistema general de autoridad marital, introduce dos conceptos radicalmente nuevos en la letra de la ley a la hora de juzgar la improcedencia de la negativa de licencia marital: la mala fé y el abuso de derecho (90).

No queremos terminar el examen de esta ley sin - poner de relieve una norma de gran trascendencia. La disposición final segunda que dice "Quedan derogadas cuantas -- disposiciones se opongan a lo dispuesto en la presente ley" Y la disposición que la impone tiene ese supremo rango; -- por tanto todas las normas de cualquier rango, anteriores, y cualquiera que sea el Cuerpo legal en que se hallen es -- tán derogadas desde el 1 de Enero de 1.962 en cuanto se -- opongan a lo dispuesto en ella; o dicho de otra forma y en el campo del Derecho privado, cualquier norma que marque -- una diferencia por razón de sexo entre hombre y mujer en -- materia de actividad profesional, o de contratación de su- trabajo no está en vigor desde aquella fecha.

3. La ley de 22 de Julio de 1.972.

A pesar de que la ley de 1.958 había dicho que -- uno de sus objetivos era liberar a la mujer de ciertas li- mitaciones en su capacidad, y que el sexo no puede determi- nar por sí solo en el campo del Derecho civil una diferen- cia de trato, el art. 321 había pasado, no desapercibido -- desde luego, pero incólume la reforma de aquel año 1.958.

Derogado hoy ese rancio precepto que contenía el Código civil en su art. 321 que en su redacción primera de- cía: "A pesar de lo dispuesto en el artículo anterior, las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinti -- cinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia -- del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no -- sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan-

contraído ulteriores bodas", no interesa demasiado detenerse a examinarlo. Traeremos solo como testimonio la opinión de dos o tres autores de los más caracterizados.

(91)
DE CASTRO decía que "se establece por razón - del sexo femenino, desde los veintiuno a los veinticinco - años, una restricción excepcional a la independencia jurídica del mayor de edad que impide la libre elección de morada". Califica a la disposición de "anticuada ya cuando - se promulgó, incompatible con el modo de vivir moderno" y cree que "por su carácter excepcional y limitativo de la - libertad personal, ha de ser interpretada restrictivamente".

(92)
CASTÁN decía que era una de las "restricciones basadas en el recelo que inspira a la ley el conceder a la mujer plena capacidad en los primeros años de su mayoría de edad".

(93)
ROYO MARTÍNEZ considera este precepto anacrónico respecto a las realidades sociales de nuestro tiempo; y DE CASTRO con ocasión de la reforma de 1.952 en un artículo publicado en el Anuario de Derecho Civil en 1.952⁽⁹⁴⁾ entendía que lo que había que hacer era en 1.952 no modificarlo sino derogarlo radicalmente. Y el tiempo le ha venido a dar la razón.

Sin embargo, y aunque sea solo a título de curiosidad, resulta interesante hacer aquí una cita de MANRESA-⁽⁹⁵⁾ para conocer cómo ha evolucionado en esta materia la forma de pensar, y cómo se mezclan casi simultáneamente -- las tesis de los autores que viven su época, con las de --

los que mantienen posturas, que otrora fueron normales, y que ahora sin embargo, suenan incluso a broma. Se lee en MANRESA: "Es tan racional este mandato (el art. 321 en su redacción primitiva), que sin estar escrito en la ley, dudamos que ninguna hija de rectos principios morales hubiese pretendido contrariarle; como creemos, así bien, que -- aun limitada la prohibición a los veinticinco años, será -- raro el caso en que alguien sin justificado motivo se acoja a lo que, cumplida esa edad, es ya potestativo en las hijas de familia".

(96)
Y ALBALADEJO, que es casi el último autor -- que se ha ocupado del precepto, evita el pronunciarse sobre la conveniencia o no de su supresión.

Defiende que el precepto no era ineficaz como in tentó demostrar DE CASTRO, y señala los argumentos en pro o en contra.

Reconoce que el art. 321 es de "interpretación restrictiva ... por ser una norma excepcional limitativa de la libertad personal, por su carácter anacrónico, y por no tener origen en nuestro derecho histórico, sino en el Proyecto de 1.851, con lo cual el Código lo recogió contra el mandato de la Ley de Bases, ya que ésta ordenó tomar como modelo el proyecto de 1.851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derechos histórico patrio".

Señala, a su favor, que puede lograr la protección a la hija de familia, ya que no permitiéndole el abandono de la casa paterna, hace posible que se ejercite so --

bre aquélla, si bien no una presión legal, puesto que no - existe ya patria potestad, sí la presión moral que dicha - convivencia permite; pero aunque no se pronuncia reconoce - que son más los inconvenientes, ya que aparte de los expre - sados, señala: que siendo un arma que el legislador pensó - de protección para la hija (observemos aquí la idea persis - tente de imbecillitas sexus, que se filtra en el razona -- miento) se puede usar por los padres en perjuicio de ella; que el texto legal no está a la altura de los tiempos; y - que tampoco merecen las hijas la desconfianza que el pre - cepto parece implicar.

La historia de este precepto es significativa en la evolución de las ideas sobre la capacidad jurídica de - la mujer. Ya hemos visto cuál era la primitiva redacción - de 1.889. Los conflictos a que dió lugar la interpretación de la frase "tomar estado" y la estrechez de miras que re - velaba el art. 321, que consideraba a la mujer como un ob - jeto frágil y expuesto a graves peligros por su falta de - madurez por lo que había que protegerla, quitándole la li - bertad de dejar la casa familiar aunque fuere mayor de - - edad, hasta alcanzar una edad (25 años) que garantizara -- una mayor conciencia y un saber cuidar de sí misma, deter - minó una reacción doctrinal y social que desembocó en la - reforma del año 1.952.

Entretanto no lo olvidemos, la ley de 13 de Di - ciembre de 1.943 había rebajado la mayoría de edad para to - das las personas, hombres y mujeres, de los 23 a los 21 -- años, con lo cual la discriminación respecto de la mujer -

que en la redacción de 1.889 era solo durante dos años, se había extendido a cuatro; empeorándose, cosa curiosa y contraria a la evolución social y legislativa, si no de forma absoluta sí en relación al varón la situación de la mujer soltera, ya que precisamente era a ésta (y quién sabe si a la viuda sin hijos, aunque esto hoy ya no valdría la pena tratarlo más que como curiosidad histórica) a la que se ponía una limitación, por la calificación que el Código la daba de "hija de familia".

Pues bien, la ley de 1.952, cuando ya había regido en España la Constitución de 1.931 y estaba en vigor el Fuero de los Españoles, y el Fuero del Trabajo, y cuando en los países de Europa se proclamaba el principio de igualdad de derechos como algo indiscutido, y por ejemplo la reciente constitución de Alemania Federal de 1.949 reconocía esa igualdad aun para la mujer casada, andaba matizando si a los 21 años tendría la mujer, mayor de edad, la libertad de fijar su domicilio.

Y entonces se publica nada menos que una norma con rango de ley en la que lo único que se atreve a hacer el legislador ⁽⁹⁷⁾ es introducir las siguientes modificaciones: 1º sustituir la frase "tomar estado" por otra más clara pero no más amplia "para contraer matrimonio o para ingresar en un Instituto aprobado por la Iglesia". 2º incluir como máxima válvula de escape que también podrá dejar la casa familiar cuando "concurra alguna otra causa que justifique la separación", con lo que parece que será a los Tribunales a los que corresponda, en caso de oposición de los

padres, determinar si concurre esa causa justa.

A pesar de esa igualdad de los sexos, de que el sexo no determine un estado civil especial, como dice toda nuestra doctrina, aparte de las limitaciones subsistentes-- aún que luego vamos a examinar, existe ésta tan relevante-- que acabamos de referir. Esta limitación pasa la reforma -- de la mayoría de edad de 1.943, la de la protección de la-- mujer de 1.952, y la importantísima de 1.958. Es indudable por tanto que la afirmación de igualdad de derechos de la-- mujer y el hombre solteros ni era completa en el Derecho -- privado español, ni, admitámoslo, tenía el legislador mu-- cho empeño en que lo fuera por entonces.

La ley de 1.961 lógicamente no toca este tema, y tenemos que llegar al año que empezamos a escribir este estudio para ver la publicación de una ley especial que elimine esta injusta situación.

Ahora bien, la ley 31 de 1.972 acaba con el asunto de una vez y para siempre. Sencillamente borra el antiguo texto del 321 y la idea contenida en él del Código civil. Y como no deja nada de ese artículo viejo le queda un vacío que resuelve reformando el artículo 320 y desdoblándolo, prácticamente en dos, el 321 y el 322, que quedan -- así:

"321. Para el cómputo de los años de la mayoría-- de edad se incluirá completo el día del nacimiento."

"322. El menor de edad, huérfano de padre y ma-- dre, puede obtener el beneficio de la mayor edad por conce-- sión del consejo de familia, aprobada por el Presidente de

la Audiencia territorial del distrito, oído el Fiscal".

Toda referencia a la mujer soltera, a la hija de familia, ha desaparecido. Toda diferencia entre hombre y - mujer solteros desde los 21 años a los 25 ha sido eliminada. La decisión del legislador es clara, rotunda, incondicional. Se ha acabado con las medias soluciones.

Nos interesa, y hemos traído aquí a comentar esta corta ley porque refleja perfectamente la asimilación - cada vez más completa de ese principio general, como tal - principio indiscutido, pero del que no se han sacado aún - todas sus consecuencias, de que no debe haber diferencia - en la capacidad jurídica del hombre y la mujer por razón - del sexo.

De estas tres leyes, muy recientes las tres, que acabamos de comentar, sale también claro y destacado el -- mismo principio que inspira nuestro Derecho civil: no hay - diferencia entre hombre y mujer por razón del sexo en cuanto a su capacidad jurídica. Al intérprete corresponde ver - si quedan normas, limitaciones anacrónicas o injustificadas, que o deben ser interpretadas conforme a ese principio o deben ser eliminadas, por un acto formal cuando sea - preciso, de los textos legales en vigor.

- - - - -

VI.- CONCLUSIONES DEL ESTUDIO DEL DERECHO ESPAÑOL VIGENTE:
SUS PRINCIPIOS GENERALES EN ESTA MATERIA

Lo expuesto hasta ahora nos ha permitido conocer:

1º Que efectivamente ha habido largos períodos de la historia del hombre en que la condición jurídica de hombre y mujer ha sido radicalmente diferente por razón del sexo. La mujer ha sido considerada o una incapaz absoluta, sin capacidad de decisión, sometida siempre a la autoridad de otras personas: los padres, el esposo, la familia, incluso los hijos, o por lo menos una incapaz relativa. 2º Que desde la aparición del cristianismo se inicia una corriente firme, que ya no se detiene, de reconocimiento de la capacidad de la mujer, y de equiparación de derechos de la mujer y del hombre, considerándolos iguales ante Dios, y merecedores del mismo trato jurídico como personas. 3º Que esta corriente desemboca en la eliminación del sexo como determinante del estado civil, estableciendo todas las legislaciones modernas la equiparación absoluta del hombre y la mujer solteros, y quedando en cambio diferencias en cuanto al hombre y a la mujer casados, diferencias que como veremos se intentan no justificar por el sexo, sino por el matrimonio o la familia. 4º Que toda la doctrina española, -

prácticamente de forma unánime, niega que el sexo sea causa que influya en la capacidad, y afirma que el hombre y la mujer solteros son iguales ante la ley, aunque quedan algunos resíduos históricos de la diferencia que en otro tiempo existió. 5º Que la legislación española en todas sus manifestaciones más significativas está inspirada en el principio de igualdad del hombre y la mujer solteros, en que el sexo no constituye por sí solo causa de discriminación, y que ante la ley, tanto privada como pública, los españoles, sean hombre o mujer, tienen los mismos derechos.

Con estas afirmaciones parece que podríamos terminar esta parte del estudio, concluyendo que no cabe duda que la equiparación de hombre y mujer, salvo en el caso de matrimonio, es absoluta, y que por lo tanto no hay en Derecho español ya ninguna diferencia tampoco, y que si encontramos alguna norma que parezca establecerla, sería o una disposición antigua derogada por otras posteriores de superior rango, o una norma equivocada, o anticonstitucional, que no debe observarse, y que claramente no debe suscitar ninguna duda.

Sin embargo esto sería una postura ingénua o -- irreal o que quiere cerrar los ojos a la realidad, postura, en la que es verdad, han caído algunos autores. La verdad es que nuestro Código civil contiene aún una serie de normas y preceptos que contradicen tanto aquel principio general, que la inspira, como las leyes posteriores de supremo rango. Y que esas normas por su carácter especial, por el Cuerpo legal en que están contenidas, y por su constante -

aplicación y reconocimiento por todos nuestros Tribunales, incluido el Supremo, en absoluto pueden considerarse derogadas. Y sería muy difícil pretender discutir su vigencia por anticonstitucionalidad, porque dada la forma genérica en que están redactadas las leyes constitucionales, junto con la concreción y encuadramiento sistemático de aquellos preceptos, hacen tan clara su vigencia que a nadie se le ha ocurrido discutirla.

Cierto es que los casos que restan de discriminación por razón del sexo ni son muy numerosos, ni muy importantes. Y es conveniente poner esto de relieve para no sacar las cosas de quicio. Pero no es menos cierto que son unos cuantos, y que carecen de justificación. Estudiar cuáles son, ponerlos de relieve, y hacer su examen crítico, tiene al menos las siguientes ventajas: 1º Conocer mejor nuestra legislación vigente y evitar afirmaciones inciertas sobre la absoluta equiparación de los sexos. 2º Exponer esas situaciones a la pública consideración de una forma ordenada para que los técnicos y los políticos se puedan pronunciar sobre la justicia o no de la existencia de esos casos. 3º Llamar la atención del legislador y de la sociedad, de que somos prácticamente el último baluarte en Europa de la discriminación de la mujer por la sola razón del sexo, prescindiendo ahora de la incapacidad por matrimonio que más tarde vamos a examinar. O, si se quiere ser más suave, que nuestra legislación es prácticamente la última en haberse adaptado a las realidades y principios de la época en que vivimos, y que por tanto cuanto antes se -

logre esa adaptación, antes habremos eliminado un defecto de ella. 4º Poner de relieve o el error o la falta de decisión del legislador de 1.958, que diciendo que eliminaba - todas esas diferencias, se conformó con arreglar el art. 168 del C.c., que sin duda era el caso más sangrante y grave, y habilitar a las mujeres para la tutela y el ser testigos en los testamentos, y olvidó todas las demás discriminaciones que vamos a examinar. 5º Llamar la atención sobre la diferencia existente entre las declaraciones o principios generales y algunas normas especiales, sin duda residuales, cuya eliminación no es muy costosa, no significa grave perjuicio para los derechos del hombre, y no atenta al régimen de la familia ni a la seguridad de las relaciones jurídicas. Y sin embargo son un resto anacrónico y vejatorio para la mujer por razón de su sexo que debe desaparecer, no tanto por el daño práctico que la produce, cuanto por el vejamen moral que para la mujer supone la subsistencia en esta época, y por lo que de defectuoso y atécnico tiene su subsistencia en el momento actual.

- - - - -

VII.- DIFERENCIAS SUBSISTENTES EN CUANTO A LA CAPACIDAD
JURÍDICA DE LA MUJER SOLTERA O VIUDA

Para un examen más razonable de las diferencias que por razón del sexo existen, dejando a un lado las determinadas por el matrimonio, vamos a agruparlas, en cuanto sea posible, por instituciones. Veremos así que el sexo influye principalmente en la nacionalidad, en la organización de la tutela, en la designación de las personas para cargos de guarda y cuidado de las personas o administración de sus bienes en casos que no se trata de tutela, en la posibilidad de contraer matrimonio, en la relación de la madre con los hijos fuera de matrimonio, en el régimen dotal, en las normas subsiguientes a la disolución del matrimonio por fallecimiento de uno de los cónyuges, en la calificación, consideración y tratamiento de los delitos, y en el régimen arrendaticio de inmuebles.

1. RÉGIMEN DE LA NACIONALIDAD.-

Como sabemos, el régimen de la nacionalidad se regula en los artículos 17 a 26 del Código civil, que fueron redactados en su forma actual por ley de 15 de Julio de 1.954.

A. DIFERENCIA POR RAZÓN DEL SEXO.

En general hay una diferencia por razón del sexo aparentemente: se sigue la nacionalidad del varón antes -- que la de la mujer. Esto se refleja en los artículos 17, - 19, 21 y 23. Digo aparentemente, porque quizá la diferen - cia no sea por razón del sexo, sino por razón de la unidad familiar y entonces aunque no cabe duda que el sexo es el - primer determinante, la disposición viene justificada no - tanto por el sexo, como por la existencia del matrimonio, - y en ese caso puede corresponder su estudio a la parte se - gunda de este trabajo que hará referencia a la mujer casa - da.

Sin embargo vamos a tratar de distinguir, lo - - cual no es con frecuencia nada fácil, los preceptos que es - tablecen diferencia solo por razón del sexo, y que se re - fieren por lo tanto aún a la mujer soltera, y aquellos en - los que se interfiere la condición de casada de la mujer.

B. MATRIMONIOS DE ESPAÑOLES CON EXTRANJEROS.

El artículo 17 declara siempre españoles a los - hijos de padre español, y no en cambio siempre a los hijos de madre española.

La interpretación más superficial sería concluir que es lógica esta norma. Pues si los hijos de padre espa - ñol, aunque esté casado con extranjera, tienen la naciona - lidad española, parece natural en base al principio de re - ciprocidad, que los hijos de padre extranjero y madre espa - ñola no sean españoles y sigan la nacionalidad del padre.

Sin embargo, un análisis más detenido de la norma nos hará descubrir una diferencia de trato por razón puramente del sexo para padre o madre. Y aún que la ley española defiende más a los hijos de hombre que de mujer a la hora de atribuirles la nacionalidad española.

Y además no conviene olvidar otros datos: El Derecho de nacionalidad tiene un cierto carácter híbrido reconocido por la mayoría de los autores ⁽⁹⁸⁾, es en parte Derecho privado y en parte Derecho público, y como consecuencia las fuentes de este Derecho son completamente especiales, pues al lado de nuestra Ley, en sentido amplio, se -- puede considerar que son también fuentes las leyes extranjeras, ya que nuestra legislación se remite a ellas en diversos supuestos. Así, por vía indirecta, esas normas extranjeras quedan incorporadas a nuestro ordenamiento.

Sucede así que se puede quebrantar fácilmente el principio de reciprocidad de que antes hablábamos. Porque si, en el supuesto que hemos planteado, nuestra ley reconoce la aplicación de la ley del padre extranjero al hijo de mujer española; no puede impedir que al hijo de padre español y madre extranjera, le atribuya la ley de ésta, que la puede permitir conservar su nacionalidad, también la nacionalidad de su madre. Y esta situación es cada día más frecuente.

En efecto el sistema de la nacionalidad única para toda la familia está en crisis en la mayoría de las leyes modernas ⁽⁹⁹⁾⁻⁽¹⁰⁰⁾. En el momento en que la ley del -- cónyuge extranjero sigue un idéntico tratamiento para hom-

bre y mujer nos encontramos, o podemos encontrar, en una - situación de desigualdad, y hasta casi de inferioridad, pa - ra la mujer española, casada o soltera, y para sus hijos.

En caso de matrimonios mixtos, cada vez además - más frecuentes por razón del aumento de las relaciones in - ternacionales, de la multiplicación de los viajes, y cam - bios de residencia por razón de trabajo, emigración, educa - ción, etc., de la mayor capacidad económica de los jóvenes de uno y otro sexo en edad de contraer matrimonio, de la - más frecuente posesión de lenguas extranjeras, se pueden - dar una serie de supuestos que no están resueltos por el - artículo 17, o cuya simple solución puede significar grave discriminación.

Las hipótesis más frecuentes serán:

- Matrimonio de español con extranjera con efectos civiles en los países de los dos contrayentes y aplicación de ambas legislaciones; matrimonio de española con extran - jero en la misma situación.

- Matrimonio de español con extranjera reconocido - solo por una de las dos legislaciones y no por la otra, -- bien la española, bien la extranjera; matrimonio de españo - la con extranjero en la misma situación.

- Matrimonio de español con extranjera contraído - con arreglo a una forma que no reconozcan ninguna de las - dos legislaciones de los contrayentes. A este caso se pue - de equiparar el concubinato, bien por rechazar cualquier - forma de matrimonio, bien por no serles posible a uno o a - los dos contraer ese matrimonio so pena de caer en delito -

perseguido de oficio, vg.: bigamia.

Matrimonio de extranjera con español en las mismas circunstancias que en el caso anterior.

a/ Con efectos civiles reconocidos por ambas leyes personales.

Primer caso, un español se casa con una extranjera y el matrimonio es válido para ambas leyes. El hijo conforme a la ley española es español, pero se da el caso a veces de que la mujer conserva ante su ley su nacionalidad, a pesar de lo dispuesto en nuestro artículo 21 C.c. y de que su ley nacional atribuye a su hijo la nacionalidad de la madre, con lo que el niño puede tener dos nacionalidades. En cambio si es la española la que se casa con un extranjero cuya ley no atribuye a la mujer española la nacionalidad del marido, aquélla la conserva, sigue siendo española, y sin embargo su hijo no tiene ni puede tener, salvo conforme al art. 18, segundo, la nacionalidad española. -- Existe pues aquí una clara diferencia de trato para el hombre y la mujer españoles, por razón de su sexo, en algo -- tan importante como la nacionalidad de sus hijos.

La razón, no cabe duda, es el abandono que nuestra ley hace de la española que se casa con extranjero, -- abandono que disminuyó con la reforma de 1.954, pues antes desembocaba en la apatridia de la mujer española, considerando que pasa a formar parte de una familia no española.

El problema es de difícil solución porque atribuir siempre a los hijos de mujer española la nacionalidad

española, sería siempre una fuente de multiplicación de casos de doble nacionalidad. Sin embargo es la solución que algunas legislaciones mantienen.

Por lo menos habría que reconocer una clara posibilidad de conservar la nacionalidad española de los hijos en situaciones límite; y desde luego siempre que la española conservara su nacionalidad de origen, no habría por qué considerar extranjeros a sus hijos, salvo que al llegar a la mayoría de edad hicieran la opción correspondiente. Privar de la protección del pabellón español, como sucede -- ahora, a una mujer española y a sus hijos, por el simple -- hecho de casarse con un extranjero, y sin posibilidad de -- oponerse a ello, es una gravísima discriminación, más que por razón del estado, en nuestra opinión, por razón del -- sexo, y por tener la sangre española por línea materna.

Hay casos en que el daño puede ser evidente para la mujer española. En caso de viudez o separación, puede -- conservar o recuperar ella la nacionalidad española y en -- contrarse con unos hijos de nacionalidad extranjera. Es fá -- cil que todo lo relativo a su cuidado, guarda, administra -- ción de sus bienes, mientras son menores, se rija por una -- ley extranjera que conoce peor, y ante la que con frecuen -- cia se encontrará en condiciones de inferioridad en rela -- ción a otros parientes de la misma nacionalidad que la -- atribuida al hijo. Pensemos en que la ruptura del matrimo -- nio sea por separación, o divorcio admitido conforme a la -- legislación del marido, y a lo mejor no reconocida por el -- Derecho español. En este caso la mujer española puede en --

contrarse en una serie de situaciones muy difíciles:

Divorcio vincular reconocido por la legislación del marido y no por la española.

Separación dictada por un tribunal extranjero -- sin aclarar si es o no a perpetuidad.

Divorcio vincular subsiguiente a un matrimonio -- contraído en el extranjero de acuerdo con la legislación del marido.

En estos casos y en bastantes más, menos frecuentes, que se pueden dar, la mujer española no sabe verdaderamente en la situación en que se encuentra. No sabe si -- con arreglo a la ley española, no ya a la legislación canónica, está casada, soltera o separada.

Si contrae un nuevo matrimonio, podría ser, como española, acusada de bigamia. Ni siquiera sabe, si perdió la nacionalidad española al casarse, --lo cual asombrosamente no depende de la ley española, sino que ésta lo entrega por reenvío a la legislación de su marido--, si puede recuperarla, ya que conforme al artículo 25 del Código civil, -- solo "puede recobrarla una vez disuelto el matrimonio o declarada la separación a perpetuidad".

Aunque la jurisprudencia de la Dirección General de Registros ha sido lo más generosa posible ⁽¹⁰¹⁾ en apreciar lo que es separación a perpetuidad, y en la no exigencia de exequatur, la posición de la mujer es francamente mala. Puede encontrarse, resumiendo mucho:

Sin marido, de hecho y ante la ley del que era -- su esposo; con unos hijos que siguen la nacionalidad de su

ex-marido, en una de dos situaciones:

O con la nacionalidad de su ex-marido y sin poder recuperar la nacionalidad española porque el divorcio o separación no se reconozca por la ley española, que para esto sí se aplica.

O con la nacionalidad española: 1/ si tuvo la suerte de no perderla al casarse, gracias no a la ley española, sino al azar de lo que la ley de su esposo disponía sobre este punto; 2/ si puede recuperarla conforme al artículo 25.

Pero en ambos casos por el juego del artículo 17, es indudable que sus hijos no son españoles, y esto aunque haya sido declarado el marido culpable de la separación, y aunque se le haya entregado a ella la patria potestad de los hijos menores.

Los inconvenientes de esta situación no son para descritos: Cada vez que la española de origen quiere ejercitar un derecho sobre sus hijos, tiene que acudir a la ley extranjera que es la ley personal de sus hijos; y esto aunque resida en España ⁽¹⁰²⁾.

Cuando se trata de administrar los bienes de sus hijos, rigen los preceptos de la ley extranjera.

Sus hijos menores tienen que viajar con pasaporte extranjero, aunque ella lo tenga español.

Si sus hijos menores tienen que cumplir obligaciones públicas, vg.: voto de los mayores de 18 años, servicio militar u obligaciones subsidiarias, deben a veces trasladarse al extranjero, bajo amenaza de sanciones.

Y todo esto aunque la madre sea española, resida en España y tenga la patria potestad sobre sus hijos. Imaginemos cuál puede ser el calvario de esa española, que no es casada, es decir que no existe posibilidad de pensar -- en la aplicación del principio de unidad familiar, que está exclusivamente discriminada por razón de su sexo, no de su estado, que no es el matrimonial, si además no puede readquirir la nacionalidad española (situación monstruosa pero posible), si reside en el extranjero donde no olvidemos -- que a ella se la considera normalmente extranjera, ya que casi siempre se prefiere al nacional de origen, o si no -- tiene más que la guarda o cuidado de los hijos, o una facultad compartida con su ex-marido, que es quizá la situación más frecuente. El ejercicio de los derechos sobre sus hijos es de una constante dificultad, y en las discusiones, posibles, con su ex-esposo lleva siempre las de perder, y especialmente la de perder a sus hijos ya que por los principios de "Primacía del interés del Estado" y de "Desigualdad entre nacionales y extranjeros respecto a derechos y deberes políticos", que en muchos países tan civilizados -- como Suiza, se extienden a derechos y deberes privados y laborales, tenderán siempre a prevalecer los derechos del padre nacional sobre la madre extranjera.

Cierto es que todos estos problemas no se resuelven reconociendo con gran facilidad a la mujer española y a sus hijos la nacionalidad española, pero por lo menos su situación sería mejor, de menos indefensión, y al menos respecto a los hijos o bienes que estuvieran en España se ga-

rantizarían mejor sus derechos. En una palabra no habría un grave desamparo del súbdito español por el solo hecho de ser mujer.

El problema se agrava porque además, aunque el hijo quiera seguir la nacionalidad de su madre, no puede hacerlo hasta que alcance la mayoría de edad conforme al artículo 18. Porque por ser hijo de mujer española y no de hombre español no hay adjudicación automática de nacionalidad, y entonces por el juego de la opción no puede usar de ese derecho hasta los 21 años. Hasta entonces tendrá que cumplir todos los deberes cívicos, fiscales o militares -- que se determinen por la nacionalidad conforme a una legislación extranjera aunque uno de sus padres es español. Y como ha tenido la mala suerte de que la madre por su sexo, está discriminada por la ley española, frente al varón extranjero, no puede hacer nada hasta su mayoría de edad, -- aunque la sentencia de separación o divorcio haya encomendado la guarda del menor a su madre española.

Un hueco o solución deberíamos encontrar para -- evitar esta absurda situación, aún con la legislación vigente, en el caso de que la madre española tuviera la patria potestad sobre ese hijo, bien por fallecimiento del marido, bien por haberlo ordenado así la sentencia de separación o divorcio. Esa solución sería que al seguir nuestro Código el sistema de la unidad familiar, y conservar la madre la nacionalidad española, o recuperarla conforme al artículo 25, 1º, correspondiera la nacionalidad española a los hijos sujetos a su patria potestad. Pero aparte de --

que no serviría para los casos de guarda o custodia, sin entrega de patria potestad, nos encontramos con que al prever el supuesto el artículo 25, 2º se remite al artículo 18 y éste se refiere a que se ejercite ese derecho durante el año siguiente a alcanzar la mayoría de edad.

Parece pues que el daño, en el caso muy frecuente de que una española se case con un extranjero, tanto la mujer conserve o pierda la nacionalidad española, es evidente. Y ese daño se produce solo a la mujer española, no al hombre español, ya que en todo caso sus hijos son españoles. Es un caso claro, pues de discriminación por razón -- del sexo, que debería ser eliminado.

Decir que la diferencia tiene su origen en el matrimonio y no en el sexo, es falso, como creemos haber demostrado ya. La mujer no sufre ese efecto por casarse, sino por ser mujer. Cuando decimos que la limitación viene -- del matrimonio nos estamos refiriendo a las consecuencias de la existencia de una comunidad, de una familia y de una autoridad marital. Y en los casos que acabamos de referir la diferencia no surge por el hecho de casarse ni por la -- dependencia respecto a su marido, ni por intentar defender una organización familiar, que es extranjera y cuya regulación no compete a nuestro legislador, sino solo porque el súbdito español es mujer, no porque se haya casado, ya que como veremos el problema y la solución es la misma en el -- caso de que el padre y madre no hubieran contraído matrimonio.

b/ Con efectos civiles no reconocidos por alguna de sus leyes personales.

La segunda hipótesis que planteábamos era la -- existencia de matrimonio de español con extranjera o viceversa, cuyo enlace no era reconocido por alguna de las leyes personales de los cónyuges.

Si la ley que no lo reconoce es la extranjera, -- es decir si conforme a la ley española están casados y conforme a la ley extranjera no, se producen las siguientes -- situaciones:

Si es español el padre, otra vez no hay problema. Los hijos son españoles.

Si es española la madre, se aplica en España a -- esa unión la ley española, y por tanto se aplica el artículo 17. Los hijos no son españoles, salvo que la ley extranjera no atribuya la nacionalidad a esos hijos; en el caso de que tengan la condición de naturales y la ley extranjera les reconozca la nacionalidad a los hijos de esta condición, serán solo hijos naturales extranjeros, e hijos legítimos de una española, pero extranjeros. Si la ley extranjera no los considera naturales, sino ilegítimos, o no -- atribuye la nacionalidad a los naturales del padre, serían españoles. Es decir, de nuevo existe una peor condición de los hijos de madre española que de padre español, respecto a la adquisición de la nacionalidad española.

Si la ley española es la que no reconoce el matrimonio, y la ley extranjera sí, de nuevo no hay problema para los hijos de varón español. Tienen la nacionalidad es

pañola. Observemos el caso porque puede ser muy frecuente. El caso de un español varón separado por sentencia firme - respecto de su matrimonio canónico, o incluso civil, previo; este español se casa en el extranjero con una norteamericana, y contrae matrimonio válido conforme a la legislación americana. Esos hijos para nuestra legislación son adulterinos, ya que subsiste el vínculo del primer matrimonio. A pesar de esto y ya que el artículo 17 no distingue, y creemos que hace bien en no distinguir, esos hijos adulterinos tienen la nacionalidad española. Efecto curioso, ya que en principio los hijos adulterinos no deben acreditar ningún derecho respecto del padre salvo los alimentos del art. 143 C.c., y no se admite casi ningún tipo de investigación de la paternidad respecto de los hijos ilegítimos conforme al artículo 141 del Código.

A pesar de la aparente rareza del supuesto, en la realidad es cada vez más frecuente. La situación es completamente absurda. El marido español puede ser perseguido en España por el delito de amancebamiento (art. 452 C. Penal), ya que subsiste el deber de fidelidad respecto al primer matrimonio. Los hijos, legítimos para la legislación americana, son adulterinos para la española. A pesar de ello los hijos, que pueden obtener la nacionalidad americana a través de su madre, son españoles conforme al Código civil, a pesar de que nacen de una situación delicada, y de que prácticamente son desconocidos como titulares de derechos por el legislador español.

Todavía más; socialmente esos hijos son reconocidos

dos unánimemente como hijos de su padre (que al casarse -- por una ley extranjera y reconocerlos, proporciona la prueba de su delito de amancebamiento) y esto tiene una considerable importancia, sobre todo en el ámbito familiar, donde la estimación general es decisiva, y la posesión de estado, incluso reconocida por el ordenamiento (art. 136 C.c)

¿Qué es lo que pasa aquí?. Sencillamente que las costumbres han evolucionado más deprisa que la ley, o mejor, al revés, que las leyes se han quedado detrás de las realidades sociales y necesitan ponerse de nuevo a su nivel.

La situación, en el mismo caso, de los hijos de la mujer española no parece muy grave, aunque es distinta de la de los hijos de varón. Como la ley española no reconoce ese matrimonio y en cambio la extranjera sí, los hijos seguirán la nacionalidad del padre. Lo que sucede es que conforme a la ley española no existe matrimonio y no debería la española perder la nacionalidad española, con lo que podrían tener la de su madre si no tienen la del padre, no como hijos legítimos, sino como naturales o ilegítimos. Sin embargo puede darse el caso de que solo tengan el derecho de opción del artículo 18, porque puede producirse el siguiente extraño fenómeno: que aunque la mujer española no está casada para la ley española, adquiriera la nacionalidad de su marido conforme a la ley de éste, y entonces podrá perder la nacionalidad española por aplicación del artículo 23, tercero del Código civil, que dice: -- "La española que contraiga matrimonio con extranjero, si --

adquiere la nacionalidad de su marido", y del artículo 233 de la Ley del Registro Civil, que dice: "La pérdida de la nacionalidad española de mujer casada con extranjero se -- produce por el hecho de la adquisición de la del marido, - sea por razón del matrimonio o por un acto anterior, simul-- táneo o posterior, concurrente e independiente". En todo - caso a esos hijos parece que les es difícilísimo tener la- nacionalidad española, aunque quieran. Solo la podrán ad - quirir por los mismos procedimientos que un extranjero, o - por el procedimiento del art. 18,segundo, solo cuando al-- cancen la mayor edad, y en el plazo del año.

La diferencia con los hijos de padre español en- la misma situación no puede ser más chocante, y la pérdida de esos nacionales, o el desamparo desde el punto de vista de la protección española en que se les deja no puede ser- más absoluta, y la razón es únicamente, porque, a pesar de que desde el punto de vista del ius sanguinis son tan espa ñoles como los hijos de padre español, y aún más por aquel principio de mater semper certa est, son de sangre españo- la a través de mujer, que por lo visto la transmite para - el Código con menos fuerza y eficacia que el hombre.

c/ Con efectos civiles no reconocidos por ninguna de sus - leyes personales.

En el caso de que se trate de una unión que no - es reconocida por ninguna de las dos legislaciones, como - por ejemplo de dos divorciados o separados de naciones que no admiten la ruptura del vínculo, que se casan en Méjico;

o en el caso de una unión puramente de facto: caso por -- ejemplo de simple concubinato, de relaciones temporales, o de dos personas que se establecen y deciden vivir juntas y crear una familia pero no quieren someterse a ninguna forma por rechazarlas todas; ácratas, hippies, etc., la nacionalidad de los hijos se determina así:

Si el padre es español los hijos son españoles -- siempre, con tal que se pueda determinar por cualquier -- procedimiento legal la paternidad, lo cual en los casos ex puestos suele ser fácil. Concuerda esto además con el artí culo 17, cuarto, que para los hijos de padres desconocidos da una solución supletoria de ius soli, pero subordinada -- al conocimiento de su verdadera filiación.

Si la madre es española, se aplica otra vez el -- artículo 17, segundo, y solo son españoles cuando no tengan la nacionalidad del padre. Habrá que estar por tanto a la ley del padre extranjero, y solo cuando no les quiera a -- esos niños, les recogerá la ley española para evitar su -- apatridia, salvo aplicación de la ley del lugar donde nacieron, si el país era de ius soli. Pero por ser hijos de mujer y no de hombre español, la nacionalidad española es de segundo grado.

En el caso que nos ocupa, la solución legal parece más injusta aún, cuando no existe matrimonio, sobre todo en el caso de relaciones transitorias o breves, e inclu so en el caso de ruptura de esas relaciones antes del naci miento del niño, ya que los hijos de madre española para -- que sean españoles, deberían probar un hecho tan difícil, --

y negativo, como que no tienen padre conocido, o que no siguen la nacionalidad del padre. Lo normal sería lo contrario, que por el hecho de ser hijos de madre española no casada con arreglo a la ley española, siguieran la nacionalidad de la madre, y que en cambio los que tuvieran que probar para ser españoles la paternidad fueran los hijos de padre español, ya que la maternidad siempre es un hecho indiscutible. Claro es que en la práctica hay que pensar que los hijos de madre española soltera podrán inscribirse como españoles sin necesidad de ninguna otra prueba; pero en el caso de española separada la situación puede ser terrible, porque no puede reconocerlos ya que puede ser acusada de delito -el adulterio del art. 449 C.P. sobre el que tanbién volveremos-, y entonces será difícil que sean españoles, y si el padre no les atribuye la nacionalidad suya -- por haberles desconocido o no querer reconocerles, tendrán que aplicarse las normas supletorias del art. 17, cuarto. Y todo por ser hijos de mujer española y no de hombre español, en cuyo caso no tendrían ningún problema, sin que se pueda decir aquí en absoluto que eso es por razón del matrimonio y no del sexo, porque en este caso no hay matrimonio.

Es ésta una situación límite, pero bastante frecuente, en que se vé clarísimo que existe una clara discriminación por el sexo, por sí solo, y no por el matrimonio. Estamos pues en un caso clarísimo de oposición de una norma vigente especial, a un principio general fundamental de clarado por las leyes de 1.958 y 1.961 en sus Exposiciones de Motivos, y reconocido constantemente por la doctrina es

pañola: el de que "el sexo, por sí solo no puede determi -
nar en el campo del Derecho civil una diferencia de trato"
o el de que "el sexo por sí no debe dar lugar a diferen --
cias y menos a desigualdades de trato jurídico-civil". To-
das las referencias a la mujer casada y a la unidad matri-
monial carecen aquí de valor para justificar esa norma, ya
que en todos los casos que hemos examinado en esta tercera
hipótesis, y especialmente en el caso de hijos de personas
no casadas, no hay otra razón que el sexo para determinar-
una diferencia de trato. La norma legal es que los hijos -
de varón español soltero tenidos con extranjera, son espa-
ñoles, y los hijos de mujer española soltera tenidos con -
extranjero, son extranjeros, eso sí salvo que el padre no
los quiera o los rechace, pero si no es así, aunque no los
reconozca sino que simplemente se pueda determinar quién -
es el padre y que es extranjero, siguen su nacionalidad.

Es igualmente inaplicable aquí el principio de -
unidad nacional familiar al que se acude constantemente, -
muchas veces por rutina y sin un suficiente análisis, para
tratar de justificar situaciones de discriminación para la
mujer.

Este principio merece una crítica general, cuyo-
lugar más adecuado es cuando tratemos estrictamente de la-
nacionalidad de la mujer casada, pero mencionemos aquí que
sus justificaciones: la organización patriarcal de la fami-
lia, la falta de personalidad de la mujer, la conveniencia
de que todas las personas del mismo grupo familiar se ri-
gieran por la misma ley, han perdido gran parte de su vi -

gencia.

El derecho moderno no vé ningún inconveniente en que marido y mujer tengan o mantengan su propia nacionalidad, y la mayor parte de las leyes dictadas en los diversos países en los últimos treinta o cuarenta años han prescindido de este principio.

Pero es que, insistimos, aun manteniendo este principio, no existe justificación para la situación que acabamos de mencionar ya que no hay propiamente familia estable, ya que no hay autoridad patriarcal, y menos aún se puede hablar de menor personalidad de la mujer. Ella necesita en este caso, tanto o más aún que el hombre, que su personalidad sea reconocida y respetada para defensa de ella y de sus hijos, y la protección de su pabellón nacional.

Y repetimos también que en este caso la discriminación no es para la mujer casada, lo cual como veremos también sería indeseable, sino para la soltera o separada, y por tanto es una inadmisible discriminación por razón, puramente, solo, del sexo.

¿Por qué esta desigualdad?. Sin duda por un atavismo, un residuo histórico que no ha sido examinado adecuadamente; en el fondo por la subsistencia de una idea que durante muchos siglos inspiró nuestra legislación, y otras muchas, y que no ha sido aún completamente expulsada de nuestros textos legales: la de que el hombre es de mejor condición jurídica que la mujer.

C. EXAMEN DE LOS ARTÍCULOS 18 Y 19 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 18 se refiere en su párrafo segundo a "los nacidos fuera de España, de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles". Sin embargo, y prescindiendo de otras críticas posibles del precepto, cuyo examen ahora no es procedente, este artículo equipara plenamente a los hijos de español y española, sin hacer ninguna distinción entre hombre y mujer por razón del sexo.

El artículo 19 establece una norma también muy tradicional, pero de enorme trascendencia, respecto a la nacionalidad de la mujer.

En el caso de adquisición de la nacionalidad española por carta de naturaleza, parece que el procedimiento está abierto a varones y mujeres. Sin duda así es ya -- que la ley no distingue. Pero esto es cierto tratándose de mujeres solteras, porque la mujer casada tiene un régimen especial.

Si es su marido el que obtiene la carta de naturaleza, ella adquiere también la nacionalidad española, -- conforme a nuestra ley, por el principio de que la nacionalidad debe ser la misma para toda la familia, y parece que no cabe que la mujer opte por conservar su anterior nacionalidad. Aunque nuestras leyes no dicen nada expresamente, el art. 220 del Reglamento del Registro Civil exige que al solicitar la carta de naturaleza se hagan constar las circunstancias de la esposa, y eso solo puede ser para formar el criterio, ya que al otorgar carta de naturaleza, la na-

cionalidad se extiende por el artículo 19 a la mujer -no - separada legalmente- y a los hijos sujetos a la patria potestad. Lo que sí puede pasar es que la ley de origen de la mujer la permita conservar su nacionalidad, originándose un caso de doble nacionalidad. Desde luego el que obtiene la carta de naturaleza debe renunciar a la nacionalidad anterior (art. 220, 7º y 224 Relg. R. Civil), pero no hay ninguna norma semejante para la mujer (103).

En cambio parece que la mujer extranjera casada no puede pedir ni obtener la carta de naturaleza, pues aunque el art. 19 no lo prohíbe, de la lectura atenta de ese precepto y los correspondientes del Reglamento del Registro Civil parece que la ley española no contempla esa posibilidad, ni aún con consentimiento o licencia de su marido (104). La razón debe ser la misma de la unidad de nacionalidad de la familia, pero no cabe duda que existe una cierta discriminación por razón del sexo, si bien unido a la condición de casada. No cambia la situación, que su ley personal no ponga objeciones a que la mujer pueda tener una nacionalidad diferente de la de su marido, ya que aquí lo que prevalece es la ley española. No creemos, sin embargo y aunque la ley no lo prevea, que existe dificultad para que la mujer viuda o separada legalmente, pueda pedir y obtener carta de naturaleza, extendiéndose también en este caso a sus hijos sujetos a su patria potestad, por aplicación del artículo 19.

En este caso habrá que aplicar las normas generales del artículo 19 del Código civil y concordantes. En el

caso de que de alguna manera subsistiera la autoridad marital, es discutible que la mujer que conserve su propia nacionalidad -extranjera-, distinta de la de su marido -también extranjero-, no pueda pedir la nacionalidad española. Si conforme a su ley no existe autoridad marital no podrá aplicársele en este punto la ley española, ya que estima - que se ha de regir por su ley personal. Y si tiene nacionalidad distinta de su marido tampoco el que la cambie atenta a la unidad nacional familiar, ya que ésta tampoco existía ⁽¹⁰⁵⁾.

Más difícil serían los casos en que conforme a - su ley personal la mujer necesitara para este tipo de actos la licencia de su marido, o que marido y mujer tuvieran la misma nacionalidad.

Pero desde luego no debe existir dificultad, como ya hemos dicho, para la mujer no casada, esto es para - la viuda o separada legalmente, con cualquier tipo de separación tanto admitida por su ley propia y por la española, como admitida solo por su ley propia o solo por la ley española.

En este caso lo único que puede presentar problemas es la extensión de la nacionalidad española a los hijos menores que tenga bajo su potestad; vgr.: por no haberse roto los lazos con su padre extranjero, o por existir - una potestad conjunta.

D. LA EXTENSIÓN DE LA NACIONALIDAD DEL MARIDO A LA MUJER.

El principio de extensión de la nacionalidad del marido a la mujer tiene su consagración en estos preceptos:

El artículo 21 que determina que la extranjera -- que se casa con español adquiere la nacionalidad del marido. Y parece que esto se produce automáticamente por el -- simple hecho del matrimonio.

El artículo 23, tercero que determina que la española que se casa con extranjero, pierde la nacionalidad española si adquiere la de su marido (art. 233 Regl. R. Civil).

El artículo 22 que declara que la mujer casada, -- española, no puede adquirir otra nacionalidad, a menos que esté separada legalmente.

El artículo 23, cuarto que dispone que la española, no separada legalmente, pierde la nacionalidad española, por perderla su marido, siempre que le corresponda adquirir la del marido. (Se entiende conforme a la ley ex -- tranjera).

El artículo 25 que permite a la española recuperar la nacionalidad española perdida por casarse con un extranjero, por un procedimiento más fácil, cuando se haya -- disuelto o declarado separación judicial a perpetuidad.

De acuerdo con estos artículos, la extranjera -- que se casa con español pasa a ser española ante nuestra -- ley; la española que se casa con extranjero lo deja de ser salvo que no adquiera la nacionalidad de su marido; la española casada no puede adquirir otra nacionalidad ni aun -- con licencia de su esposo; la española casada con un español pierde su nacionalidad si su marido la pierde o cambia.

Las normas parecen claras y se basan todas en la idea de unidad de nacionalidad para la familia. Este fin -- le parece al legislador suficiente para justificar esas -- normas. No cabe duda que la reforma de 1.954 mejoró algo -- la condición de la mujer en este campo, eliminando por -- ejemplo los absurdos casos de apatridia que se producían, -- pero tampoco cabe duda de la situación de subordinación en que se encuentra la mujer casada. Determinar si es proce-- dente o no la modificación de esas normas no parece propio de este momento, ya que su estudio corresponde al régimen-- jurídico de la mujer casada, pero por lo menos debemos lla-- mar la atención sobre algunos de los inconvenientes del -- sistema.

La mujer extranjera adquiere la nacionalidad es-- pañola automáticamente. Pero muchas veces no pierde la su-- ya de origen, con lo cual tiene la ventaja de contar con -- dos nacionalidades a su antojo. Y puede utilizar la suya -- de origen fuera de España sin problema alguno. El caso es-- frecuentísimo, y de una extraordinaria importancia en ca -- sos de desavenencias, de separación, de entrega del cuida-- do de los hijos cuando viven fuera de España, o en cuanto-- consigue sacarlos de nuestro país, de disposición de bie -- nes muebles depositados o inmuebles sitios en el extranje -- ro, etc.

En cambio la española, por el sistema de nuestro Código civil, deja de ser española, se encuentra sometida-- a una ley extranjera en todo. No puede volver a pedir la -- protección de su ley para nada; solo si su marido se mue-- re o se separa definitivamente de él, separación que se ri

ge también por la ley de él, podrá recuperar la nacionalidad española. Entretanto, por ser mujer, se vé privada de la protección de sus leyes de origen. Y esto sería todavía admisible si no fuera impuesto, si pudiera conservar la nacionalidad española. Pero aunque parezca mentira, la española que se casa con un extranjero, cuya ley concede la nacionalidad a su mujer, no puede conservar la nacionalidad española.

Esto puede requerir cierta explicación para los no especialistas en esta materia, porque parece tan contra toda norma lógica, que no se acierta a entender a la primera. Sin embargo es así.

Si una española se casa, por ejemplo, con un italiano o con un suizo, adquiere conforme a esas leyes la nacionalidad de su marido. Solo por ello la ley española deja ya a su suerte a esa española, que deja de serlo automáticamente en el momento del matrimonio, sin que pueda hacer nada para evitarlo. Ni renunciar a la ley extranjera, ni conservar la nacionalidad española. Esto que se permite al que reside en el extranjero con carácter definitivo, no se le permite en cambio a la mujer española que tiene la debilidad de casarse con un extranjero.

Si una española se casa con un francés, la ley francesa le atribuye la nacionalidad francesa, pero le permite conservar su nacionalidad si su ley personal se lo consiente, haciendo una manifestación de que declina adquirir la nacionalidad francesa. Una inglesa, por ejemplo, -- puede conservar su nacionalidad, pero una española no, por

que su propia ley no le permite conservar su propia nacionalidad, aunque la ley de su esposo sí se lo consiente. Increíble, pero cierto.

Solo por tanto, en los casos, en que la ley de su marido no la reciba, y como "mal menor" ante la apatridia, la española puede conservar su nacionalidad.

Los inconvenientes del sistema no pueden ser más evidentes. No podrá ejercer ninguna profesión para la que se exija la nacionalidad española. Si es funcionario normalmente perderá su puesto o tendrá que pedir la excedencia; si es maestra deberá dejar su escuela; si tiene acciones de sociedades que tienen que pertenecer en su totalidad a españoles, las tendrá que vender inmediatamente, normalmente en malas condiciones; si formaba parte de un consejo para el que se requiere la nacionalidad española, u ocupa un puesto público tendrá que dimitir, etc. etc.

La norma no puede ser ni más vejatoria ni menos inteligente. Cuando la mayoría de las legislaciones se preocupan de que sus súbditos conserven su nacionalidad,-- hasta por el costo que supuso la educación o formación de esas personas, la nuestra priva a las mujeres, solo por eso, por ser mujeres, por su sexo, de su condición de españolas, por algo tan normal en la vida como casarse. Claro es que la solución es bien sencilla: no casarse con un extranjero, y preferir a un nacional.

Bromas aparte, y volviendo al tono normal en este discurso, la norma es injustificada y extremadamente dura. Las soluciones para obviar sus inconvenientes, son tan-

absurdas, como el no casarse formalmente para no perder -- esos derechos, acudiendo al matrimonio de facto o de conciencia, o el contraer matrimonio por un sistema que no -- surta efectos en el país del varón para no adquirir esa na cionalidad y consiguientemente perder la española. Aunque la situación parezca teórica, conocemos casos en los que -- se ha optado por la primera de estas soluciones para que -- la mujer pueda seguir desempeñando su cargo en España, por que además y como es evidente, la pérdida de la nacionali- dad se produce para la mujer española, cualquiera que sea el lugar en que vivan, aunque sea dentro del territorio na cional.

Solo por estas razones, la norma debería ser modificada permitiendo que la mujer española no pierda su na cionalidad por la manifestación formal de querer conservar la, pero entretanto y visto que la solución legal es la -- contraria, la interpretación del artículo 23 debe ser la -- más favorable a la conservación de la nacionalidad española.

El artículo 23 impone la pérdida cuando la española adquiere la nacionalidad del marido. Pero la interpretación de la pérdida de la nacionalidad debe ser en general rigurosa o restrictiva. El art. 231 del Regl. del Registro Civil dice que "la pérdida de nacionalidad que depende de la adquisición "ipso iure" de otra, se anota solo cuando esté inscrito el hecho que la puede producir" y el 232 dice que la pérdida de nacionalidad solo se inscribirá en virtud de documento auténtico, o por expediente gubernamental.

tivo aprobado por la Dirección General. En ambos preceptos se sigue un criterio restrictivo. El 233, refiriéndose al caso que examinamos de la española que se casa con extranjero, dice que se produce por el hecho de la adquisición de la del marido, y por lo tanto no por el derecho de adquirirla sino por el hecho de su adquisición.

En base a todo esto, la española podrá procurar no adquirir la del marido, dejando de cumplir algún requisito, no inscribiéndose o manifestando expresamente su deseo no de conservar la nacionalidad española, sino de no adquirir la extranjera. Esta es, por ahora, la única forma de conservar la nacionalidad española. Habilidad que servirá en algunos casos y para algunas legislaciones, pero no para las que también la atribuyan ipso iure a la mujer de sus nacionales como es el caso de otras, además de la española. Esto lo reconoció la Dirección General al resolver una consulta en R. de 14 de Enero de 1.963, diciendo que en el caso de una española que se casó con un belga, cuya ley concede a la mujer extranjera un plazo de 6 meses para renunciar a la adquisición, puede la española renunciar a adquirir la nacionalidad belga inmediatamente al matrimonio y solicitar la inscripción de la "conservación" (entrecomillado por la D. General) de la nacionalidad, ya que la mujer continúa con su nacionalidad.

La mujer casada española, casada con un español, tampoco tiene forma de defender su nacionalidad y la de sus hijos. Su marido puede arbitrariamente perder o cambiar la nacionalidad española y su cambio arrastra la de

toda su familia. Y su mujer ni puede opinar ni oponerse. - Puede impedir que venda los inmuebles (art. 1.413), o impugnar sus actos de administración, o procurar que se la retiren; puede pedir que le declaren pródigo, pero no puede impedir que le haga perder su nacionalidad. Y los inconvenientes son todos los mismos que ya hemos visto antes. - Aunque aquí la situación es todavía más terrible, porque ni se casó con extranjero ni hizo nada que le pudiera hacer sospechar la pérdida de su nacionalidad. Pero simplemente con casarse puso en manos de su marido su condición de nacional, que perderá no solo en el caso de que su marido cambie voluntariamente, sino aun en el caso de que la pierda como sanción en alguno de los casos de los párrafos primero y segundo del artículo 23.

Y por último, aunque esto es menos grave, no puede adquirir ninguna otra nacionalidad mientras esté casada, ni aún con licencia del marido, conforme al artículo 22. Esto quizá es razonable, pero la diferencia con los derechos del marido que no solo puede cambiar la suya, sino que al hacerlo cambia la de su mujer, no puede ser más llamativa.

2. RÉGIMEN DE LA TUTELA.-

La tutela es entre todas las instituciones del Código civil, de las que experimentó una reforma mayor, en cuanto a igualación de sexos se refiere, con ocasión de la reforma de 1.958. Se retocaron en aquella ocasión ocho artículos: 206, 209, 211, 220, 237, 244, 294 y 295, y prácti

camente se eliminaron las diferencias más importantes o llamativas de entre las que existían por razón del sexo.

Sin embargo, todavía quedan en la regulación de la tutela que establecen discriminaciones claras, aunque a veces no sean importantes, por razón del sexo. ¿Por qué no se eliminaron entonces en 1.958?. Las razones no son fáciles de adivinar, pero probablemente habrá que achacarlo: - 1º a la costumbre de años y siglos entre los juristas de que la mujer no era una persona plenamente capaz, y a considerar por tanto esas diferencias como tan naturales que pudieran pasar desapercibidas. 2º a la creencia firme y de buena fé de los reformadores de que el hombre es más eficaz y más competente que la mujer, que es la idea matriz que determina la discriminación de la mujer por razón del sexo, y que se quiera o no, está vigente en grandes capas de las generaciones hoy vivas, y no solo entre los hombres sino también entre las mujeres. 3º a razones de comodidad y claridad sobre todo al establecer el orden de los llamamientos.

Quizá existan otras razones específicas en algún caso, pero en términos generales, creo que las señaladas son suficientemente representativas de nuestra mentalidad y de la de la ley. Y digo de la nuestra también porque desde 1.958 hasta hoy, apenas si se ha oído una voz que llame la atención sobre las diferencias subsistentes. Diferencias que, insisto, pueden no parecer graves en general, pero revelan la subsistencia de la discriminación por razón del sexo, que según los principios generales de nuestra le

gislación de Derecho privado ha desaparecido totalmente de nuestras leyes.

a). El Capítulo II del Título IX del libro Primero del Código civil.

El Capítulo II del Título IX fue reformado adecuadamente. El artículo 206 trata igualmente al padre que a la madre, en cuanto a la posibilidad de nombrar tutor testamentario a sus hijos, y el artículo 209 para el caso de que ambos hubieran nombrado tutores, concede la preferencia no al nombrado por el padre, sino al designado por aquel (padre o madre) que hubiere ejercido últimamente la patria potestad. Solución razonable ya que existe cierta relación entre la autoridad de la patria potestad y la de la tutela.

Cierto es que como consecuencia de esta norma -- prevalecerá muchas más veces el designado por el padre que es el que habitualmente la ejerce; pero al menos puede darse el caso de que prevalezca el nombrado por la madre si es ella quien la ostenta, y desde luego en el caso, más normal, de muerte sucesiva de los padres prevalecerá el nombrado por el sobreviviente que es lo preferible, ya que puede conocer mejor no solo las circunstancias y evolución de los hijos, sino también de los nombrados para ocupar los puestos de la tutela, pues cambian a veces su estado y situación, y esto determina modificaciones en los nombramientos de las tutelas testamentarias.

Podría haberse establecido otra preferencia, in-

dependientemente de que el designante ejerciera o no la patria potestad, ya que puede la madre tener más acierto al designar quien haya de cuidar a los hijos en caso de falta de los dos padres. Pero en este caso habría hecho falta un órgano resolutivo, y habría que haber ampliado a esta situación la solución del último párrafo del 209 de que en caso de haber más de un tutor nombrado fuera el Consejo de Familia quien determinara cuál era el preferido. Y el problema se complicaría cuando el nombramiento testamentario se extendiera también al Consejo y fueran diferentes los nombrados por el padre y la madre.

Cierto es también que las más de las veces el padre y la madre designan tutor para sus hijos de común acuerdo. En territorios de derecho común lo más frecuente es -- que los esposos testen simultáneamente y se pongan de acuerdo para la designación de todas las personas que integren el organismo tutelar, ya que uno de los casos que normalmente prevén es el de la comorencia, desgraciadamente cada vez más frecuente como consecuencia de los fallecimientos en accidente. Pero esto no quita importancia a los casos más raros, pero casi siempre más graves porque existe alguna razón para no querer que una persona forme parte -- del organismo tutelar, en que ambos cónyuges designan diferentes personas. En este caso, y en supuestos de comorencia, prevalecerán casi siempre los designados por el padre que es quien suele ejercer la patria potestad.

De todas formas, la norma nos parece justificada y consecuente y no discriminatoria para la mujer, ya que --

en todo caso lo que habría que examinar, y más tarde lo haremos, es la disposición que atribuye siempre la patria potestad al padre, y solo en su defecto a la madre, y no conjuntamente como en algunas legislaciones modernas, en cuyo caso la norma del 206 sería perfecta.

En resumen, del examen de este capítulo se puede sacar la conclusión de que el legislador de 1.958 ante la ttutela, procura equiparar las posiciones del hombre y la mmujer. Sucede, sin embargo, un poco como en las otras materias; a la hora de sentar las primeras afirmaciones, la --igualdad predomina, pero luego en una serie de casos concretos vuelve a producirse una discriminación, quizá como consecuencia de la fuerza que las viejas normas tienen, o porque en el fondo queda esa idea de superior capacidad --del hombre. Esto se aprecia bastante bien en el resto de la regulación de la tutela.

Vuelve a encontrarse la diferenciación entre hombres y mujeres en la tutela de los menores, en la de los -locos, en la de los pródigos, en la de los interdictos, en las normas sobre capacidad y excusas, y en la composición -del consejo de familia.

b). La tutela de menores.

El artículo 211 contiene un orden de llamamien -tos, a pesar de haber sido reformado por la ley de 1.958, -claramente discriminatorio por razón del sexo.

Es verdad que la mayor discriminación, que era -el no llamamiento de las hermanas en la redacción anterior

del Código, ha sido eliminada, pero así y todo:

1^a se prefiere a los abuelos sobre las abuelas.

2^a se prefiere a los hermanos sobre las hermanas.

3^a se prefiere a los hermanos de vínculo sencillo a las hermanas de doble vínculo.

4^a incluso se prefiere dentro del mismo sexo a dos personas en igualdad de grado, a la que tiene el parentesco por vía de varón antes que por origen materno. Preferencia del abuelo paterno sobre el materno.

Estas preferencias no atienden a otra cosa que al sexo, y si acaso a la presunta mayor capacidad del hombre, que es precisamente lo rechazado por la legislación en sus principios básicos antes examinados.

Es de sobra sabido por cualquier persona que tenga un conocimiento mínimo de la realidad, que tratándose de cuidar y educar menores, importa mucho más el cuidado y atención de la persona que la administración de sus bienes (además de que dado el sistema de tutelas de nuestro Código, las facultades de tipo administrativo que por sí solo, sin el Consejo de Familia, tiene el tutor son muy escasas) y que si grave es una administración defectuosa que perjudique el patrimonio de los pupilos, es mucho más grave aún la falta de cariño y de atención personal.

Y si el objeto de la tutela como dice el artículo 199 es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, en el caso de los menores o locos es más importante, posiblemente, el cuidado de la persona.

Es también conocido que las mujeres dan por lo -

menos tan buen resultado como los hombres a la hora de educar a los niños, y dedican a ello habitualmente más tiempo. Y es idea común el buen resultado que suelen dar los hijos de viuda. No esgrimimos estas razones para dar preferencia a las mujeres sobre los hombres, sino para justificar la igualdad de trato, que es además lo que dijo proponerse la ley de 1.958.

Y aunque se tratase exclusivamente del aspecto patrimonial de la administración, no es ninguna garantía de éxito el que la lleve un hombre. Primero porque en nuestro sistema tutelar los actos de administración más importantes exigen intervención del Consejo de Familia (art. -- 269) y hasta otras garantías. Segundo, porque en la época actual para la administración de patrimonios existen una serie de entidades especializadas, Bancos, Sociedades de inversión, trusts, etc., cuya colaboración puede ser muy aconsejable a la hora de mantener e incrementar un patrimonio, y a ellas pueden acudir indistintamente hombres o mujeres. Tercero, porque no hay por qué partir de una inferior capacidad patrimonial de las mujeres, y aunque hasta hoy su preparación suele ser inferior, no es esto ningún axioma, ni tan indiscutible, ni tan general. Cuarto, porque tratándose de la preferencia de los abuelos sobre las abuelas puede influir la diferencia de edad y ser más apto el más joven, que suele ser la mujer.

Por último, la preferencia por razón de la línea de la que proceden: paternos antes que maternos, es algo totalmente indefendible desde ningún punto de vista con ar

gumentos, pues ni mandan más los de la familia del padre,-- ni el patrimonio paterno es más importante, ni hasta esos límites se puede llevar la diferencia del padre sobre la madre en cuanto a la patria potestad.

La única razón para la redacción que tiene el -- 211 es el lograr un automatismo en el llamamiento, típico de la tutela legítima. Pero ni nos parece tan grave la intervención del juez en esa designación, ni sobre todo es -- justificable por ello hacer una clasificación en la que -- sistemáticamente los hombres sean preferidos a las mujeres. Y en todo caso esa preferencia hay que destacarla, y poner de relieve, que va en contra de los principios generales -- proclamados para nuestra legislación y contra el signo de los tiempos.

c). La tutela de locos y sordomudos.

El artículo 220 contiene el orden de llamamientos, a pesar de su reforma en 1.958, también discriminatorio.

La preferencia del número Segundo del padre sobre la madre, es totalmente lógica en tanto se mantenga la preferencia del padre en cuanto al ejercicio de la patria potestad. Es una diferencia por tanto que no tiene su origen exclusivamente en el sexo, sino más en el matrimonio.-- Lo que se diga al tratar de la patria potestad se podrá -- aplicar aquí.

En cambio el número Tercero establece claramente tres criterios preferenciales: la legitimidad, la superior

edad, y el sexo. Siempre es preferido un hijo a una hija - para cuidar de la persona y bienes del padre o madre incapaz. Todas las razones esgrimidas antes al hablar de los - menores pueden ser repetidas aquí. Añadamos nada más una - fruto de la común experiencia: casi siempre las hijas cuidan mejor que los hijos a los padres ancianos, incapaces o que han perdido la razón; e incluso profesionalmente tienen las mujeres más vocación para este tipo de trabajos.

El número Cuarto, al hacer el llamamiento supletorio a las personas del 211, introduce aquí de nuevo las discriminaciones por razón del sexo que acabamos de examinar, ampliándolas a este caso.

d). La tutela de los pródigos.

Es ésta una clase muy especial de tutela. Los --
autores constantemente insisten en su peculiaridad (106) . -
Se trata de defender no al tutelado sino a su familia más cercana, a sus herederos forzosos. Su ámbito es limitado; - se refiere exclusivamente a sus bienes y no alcanza a la - libertad personal.

El Código parecer prever la prodigalidad exclusivamente del hombre. El artículo 224 dice que la declaración de prodigalidad no priva de la autoridad marital ni paterna; está pensando, pues, en el hombre que es el único que las ostenta. El artículo 225 habla de que el tutor no administra los bienes dotales y parafernales de la mujer - ni los de la sociedad conyugal; la administración de éstos pasa a ella; supone de nuevo que el pródigo es el hombre.

Naturalmente esta diferenciación por el sexo carece de sentido. También la mujer puede ser pródiga. Puede ser pródiga cuando es soltera, ya que puede dilapidar sus bienes en perjuicio de sus herederos forzosos. Efectivamente, una persona que no tiene herederos forzosos parece que no puede ser declarada pródiga porque no hay persona hábil conforme al artículo 222 para pedir la declaración de prodigalidad. Pero la mujer soltera puede tener padres o hijos naturales reconocidos y unos y otros son herederos forzosos y pueden promover tal declaración.

Y puede ser pródiga cuando es casada, porque como dice DE CASTRO⁽¹⁰⁷⁾, la autoridad marital no suprime la capacidad jurídica de la mujer, que puede tener la administración de diversos bienes. Y el Tribunal Supremo en S. de 25 de Marzo de 1.942, admite en general la declaración de pródiga de la mujer casada⁽¹⁰⁸⁾.

Sin embargo, la posición de los autores que opinan de manera diferente no es tan equivocada, interpretando a la letra la sección del Código civil. Creemos que lo que pasa es que el Código una vez más se ha dejado influir por la posición histórica respecto de la mujer y al regular la prodigalidad no ha contemplado la posibilidad de la mujer pródiga, porque como antes era incapaz no podía ser declarada pródiga. Como dice también DE CASTRO hablando de otro tema, solo los capaces y quienes han tenido la responsabilidad de su propio e independiente patrimonio, pueden ser declarados pródigos. Afortunadamente, el Código si quizá olvidó a la mujer, no dictó ninguna norma que impidie-

ra aquí un trato paritario, aunque sea en lo desfavorable, del hombre y la mujer. Y nuestra mejor doctrina y nuestro Tribunal Supremo así lo han entendido.

Aparte de este tema merecen nuestra atención dos preceptos de esta sección.

El artículo 224 que mantiene la autoridad marital aun en el caso de que el marido sea declarado pródigo. Precepto que no establece ninguna discriminación para la mujer soltera, pero cuyo acierto es muy discutible tratando de la mujer casada y que será estudiado en su lugar.

Y el artículo 227, que al establecer la preferencia de llamamientos vuelve a establecer claras discriminaciones por razón del sexo, para las mujeres incluso solteras, y que a pesar de esto no fue retocado en 1.958.

La preferencia del número 1º del padre sobre la madre la encontramos justificada en relación con la norma de la preferencia del padre para ejercer la patria potestad, y podemos repetir aquí sobre este tema lo dicho antes.

En cambio, el número segundo ofrece dos puntos a observar:

a/ que excluye de esta tutela a las abuelas, exclusión totalmente basada en el sexo. En defecto de abuelos no llama a las abuelas. Ya no es que establezca una gradación o preferencia de los hombres sobre las mujeres, sino que no llama a éstas, y en defecto de abuelos llama a los hijos. La solución nos parece tan absurda e injustificada que valdría la pena interpretar el art. 227, 2º entendiendo que al hablar de abuelos se refiere a todos ellos -

sin distinción de sexo, es decir que en la palabra abuelos están comprendidos los abuelos y las abuelas. No debemos ocultar, sin embargo, que la interpretación más correcta es la que comprende solo a los abuelos varones, tanto porque habla de paterno y materno en singular, cuanto porque el número tercero habla solo de hijos varones y excluye a las hembras, y el criterio debe ser el mismo.

b/ que en cambio no establece preferencia entre el abuelo paterno y el materno. Aunque habla primero de aquél no creemos obligatorio entender ese orden como preferencia. Probablemente una interpretación por la mens legislatoris conduciría a que es preferente el abuelo paterno, pero una interpretación evolutiva y de acuerdo con los principios generales de nuestro ordenamiento, proclamados como hemos visto, nos debe hacer defender la igualdad de trato para los dos abuelos cualquiera que sea la línea de que procedan. No cabe duda, sin embargo, que esta interpretación deja pendiente la actuación automática del precepto.

El número 3º es con mucho el más criticable de los tres. Se excluye absolutamente de la tutela del pródigo a las hijas, no solo a las casadas, sino aun a las solteras.

Es uno de esos preceptos en los que la discriminación para la mujer es total e injustificada. No es solo que los varones se prefieran a las mujeres; es que a éstas no se las llama, sin duda no se las considera capaces o útiles para una actuación que aquí no es personal sino puramente patrimonial. ¿Cuál fue la ratio legis de esta nor-

ma?. Considerar que es depresivo para el padre ser administrado su patrimonio por una mujer, considerar que por malo que sea un pródigo peor será entregar su patrimonio al cuidado de una hija, considerar que las mujeres no tienen capacidad para ejercer esa función. Eso no lo podemos adivinar. Lo que sí es cierto, y es gravísimo, es que el pródigo que no tiene padres ni abuelos, ni hijos varones, es decir el pródigo que tiene solo familia femenina: mujer e hijas, no tiene tutor legítimo. Antes que a las hijas, que son las herederas forzosas, y las que lógicamente habrán promovido la declaración de prodigalidad, y desde luego -- las primeras perjudicadas por la prodigalidad, la ley llama a un tutor cualquiera que el Consejo de Familia elija.

El desacierto es hoy mayor que antes de la reforma de 1.958. Porque entonces las mujeres no podían ser tutores, y por lo tanto la tutela recaería en un varón, y -- por lo menos la ley, aunque injusta, era consecuente. Pero hoy el Consejo de Familia puede elegir como tutor a una mujer, con lo cual se excluye por razón de su sexo a las más interesadas, pero no a las que lo sean menos.

No nos cabe duda que el reformador de 1.958 no se dió cuenta de lo que hacía y que obró precipitadamente, o sin que el estudio sistemático de las normas fuera el -- adecuado. Pero si, sencillamente, hubiera seguido los principios que él proclamó en su Exposición de Motivos y hubiera perseguido de verdad la equiparación del hombre y la mujer solteros no habría caído en una equivocación semejante.

Una solución hay todavía, y espero que la prácti

ca, que suele ser muy sabia, la impondrá entretanto no se reforme ese precepto: que los Consejos de Familia elijan - preferentemente, o por lo menos consideren en primer lugar a las hijas, ya que hoy no tienen incapacidad para ser tutores.

e). La tutela de los interdictos.

En esta sección también se contempla preferentemente el caso del hombre interdicto, pero no cabe duda que las mismas normas son aplicables, con las debidas adaptaciones, a la mujer, a la que se impone la pena de interdicción.

Al artículo 230, que se remite al 220, en cuanto al orden de preferencia para la designación de tutor, le es aplicable como es natural el mismo juicio que ya hemos expuesto sobre el artículo 220.

f). Capacidad para ser tutores y excusas.

El art. 237, 7ª mantiene una diferencia respecto de las mujeres que está basada más en el matrimonio que en el sexo, y cuyo examen corresponde a la segunda parte de este trabajo.

El artículo 244 contiene otra diferencia por razón del sexo, en este caso no perjudicial para la mujer si no favorable, que también entendemos injustificada. No comprendemos por qué las mujeres se pueden excusar caprichosamente de la tutela. Puesto que tienen capacidad para el -- cargo, deben ejercerlo sin más excusas que las de cualquier

otra persona capaz, y si juzgan que no están en condiciones de ejercerlo, o que es una carga, lo mismo les pasa a muchos hombres y no tienen ese privilegio.

Creemos pues, que una igualdad de trato por el sexo exigiría la eliminación que no tiene otra justificación que un favor mulieris basado más en la historia pasada que en la naturaleza, que es la única razón de peso para establecer diferencias.

g). Composición del Consejo de Familia.

La reforma de 1.958 ha eliminado casi todas las diferencias que existían entre hombres y mujeres. El artículo 294 llama a los ascendientes, descendientes y hermanos, cualquiera que sea su número y sexo. Por lo tanto no existe diferencia en ese grado de parentesco. Todos los ascendientes, descendientes y hermanos, hombres o mujeres, forman parte del Consejo de Familia.

En cambio, cuando no existieren esas personas o no llegaran a cinco, se completa el Consejo con parientes más próximos, amigos y personas honradas según el art. 294, que no hace distinción por razón de sexo. Pero el art. 295 al dar las normas de preferencia de carácter general para el Consejo de Familia, establece que en igualdad de grado el varón será preferido a la mujer. Entendemos que la norma es muy poco trascendente porque los casos de aplicación son pocos. En efecto:

1º. Cuando es de designación testamentaria el Consejo, no se aplica el art. 295.

2º. Cuando hay que completar el Consejo testamentario y hay ascendientes, descendientes o hermanos del pupilo, sí se aplica el 295 hasta llegar al número mínimo de cinco. En este caso no se integran todos los parientes en esos grados.

3º. En cambio, cuando se trata de tutela legítima o dativa, o cuando aun siendo testamentaria, el testador se limitó a designar tutor y protutor pero no Consejo, y hay descendientes, ascendientes y hermanos en número de cinco al menos, tampoco se aplica el 295, ya que conforme al 294 todos forman parte del Consejo, hombres o mujeres.

4º. Si entre descendientes, ascendientes y hermanos, nombres y mujeres, no llegan a cinco, hay que completar el Consejo con parientes más próximos, y entonces sí se aplica el 295. Y lo mismo cuando todos han de ser parientes.

5º. Por último, cuando por no haber parientes -- hay que completarlo con personas honradas, o constituirlo enteramente con éstas, no hay sin duda preferencia de grado y por tanto, tampoco en igualdad de grado puede haber preferencia por razón del sexo. Además de que en este caso la elección del Juez es discrecional conforme al 294 y puede optar entre hombres o mujeres con absoluta libertad.

En resumen, solo hay dos casos de aplicación del 295: cuando se trata de completar un Consejo de Familia -- testamentario con ascendientes, descendientes, hermanos o parientes, por este orden; o cuando se trata de constituir un Consejo no testamentario con parientes de los grados --

más próximos.

Sin embargo, aunque poco trascendente, es una -- norma absolutamente arbitraria y contraria a los princi -- pios de igualdad de sexos que prevalecen en nuestro Dere -- cho. No hay ninguna razón para que para formar parte de un órgano deliberante como es el Consejo de Familia, sean pre -- feridos los varones. No hay ninguna razón ni ninguna nece -- sidad. Lo único que late aquí es un residuo más de la in -- ferioridad jurídica de la mujer y de su falta de capacidad, ideas que debemos considerar totalmente superadas.

3. EL MATRIMONIO.--

Nos referimos ahora a las normas específicas que la ley dedica a la mujer a diferencia del hombre con oca -- sión del matrimonio, no naturalmente a los efectos que el -- matrimonio produce sobre la capacidad de la mujer, que se -- rá objeto de otro trabajo: el estudio de la capacidad de -- la mujer casada.

Los preceptos que establecen diferencia por ra -- zón del sexo dentro de la materia en que ahora nos encon -- tramos son:

a) EXAMEN DEL ARTÍCULO 45 DEL CÓDIGO CIVIL.

El artículo 45, que prohíbe el matrimonio a la -- viuda o la mujer cuyo matrimonio se anuló, si está encinta, hasta el alumbramiento de su hijo, y si no lo está, duran -- te 301 días.

Se refiere este precepto solo a la nulidad, ya --

que la separación no habilita, ni en el matrimonio civil - ni en el canónico, para contraer nuevo matrimonio, y se -- pueden distinguir en él dos situaciones.

1º/. Si la mujer está encinta.

Que la mujer haya quedado o esté encinta. En este caso prohíbe el matrimonio hasta el alumbramiento. La diferencia de régimen por razón del sexo no cabe duda que en este caso no supone ninguna discriminación sino que está basado en la naturaleza.

El único tema es si es razonable la prohibición que contiene el Código, o si no debería ser inconveniente el estar embarazada para contraer matrimonio. En principio la solución legal parece más clara para evitar las dudas - en la paternidad, pero no faltan argumentos a favor de la tesis contraria.

En efecto, una vez comprobado el embarazo antes de contraer matrimonio, bastaría con este dato para saber quién es el padre del hijo que va a nacer; y esto unido a la determinación de la concepción por el momento del nacimiento, parecen métodos bastante seguros. Sin embargo, es innegable el mayor riesgo por los diferentes períodos posibles de gestación. Y a esto habría que añadir la posible - inseguridad o error, querido o involuntario, en los dictámenes médicos sobre el estado de la mujer antes de contraer el nuevo matrimonio.

A favor de la posibilidad de contraer matrimonio y de la eliminación de la sanción legal también puede ar -

güirse que la mujer puede tener un notable interés en contraer matrimonio durante ese tiempo: casos de peligro de muerte, de graves problemas morales, o aun de fijación de relaciones civiles o económicas.

Estos argumentos sin embargo, no nos parecen suficientes para aconsejar un cambio de régimen, más cuanto que los daños pueden ser superiores a las ventajas; que el plazo de prohibición no puede ser muy largo; que quizá entren en conflicto los intereses de la madre con los del hijo que va a nacer; y que la norma de ninguna manera puede ser tomada como discriminatoria u ofensiva para la mujer. Si a esto se añade que el matrimonio contra esta prohibición es válido conforme al artículo 50 y que el único efecto o sanción que tiene este matrimonio es la de su regla Primera, que se entenderá contraído el matrimonio con absoluta separación de bienes, parece poder sentarse la conclusión de que es preferible mantener la prohibición del artículo 45, segundo, respecto a la viuda que hubiere quedado encinta.

El Derecho canónico modificó el criterio contrario a las segundas nupcias, típico de los derechos primitivos, que ya había sido también modificado en Derecho romano por la Ley Julia et Papia Popea.

En las Decretales (Cap. 4, X, IV, 21) se permite al hombre y a la mujer que pasen a nuevas nupcias, aun sin guardar el tiempo de luto. Y el cánón 1.142 dice: "Aunque la viudez casta sea más honorable, sin embargo, son válidas y lícitas las segundas y ulteriores nupcias"; y como -

(109)
dice E. MONTERO , ni siquiera se exige que transcurra-
cierto tiempo desde la muerte del cónyuge anterior (110) .

Aún más, cabe la duda de si sería preferible en el caso de estar la mujer encinta establecer una prohibición más rigurosa de contraer matrimonio durante un plazo, por ejemplo durante los seis meses posteriores al fallecimiento del marido, para evitar en todo caso que el hijo -- que naciera se atribuyera al difunto esposo habiendo sido engendrado después de su muerte. Esta solución, sin embargo, es más aparente que real porque el problema será siempre atribuir al difunto esposo un hijo que no es suyo, y -- este riesgo existe tanto consintiendo el matrimonio de la mujer, solución de nuestro Código civil, como prohibiéndolo totalmente, ya que no es posible impedir que ese supuesto de fecundación posterior a la viuda se dé fuera del matrimonio.

Por ello parece preferible mantener la solución del Código, que además es la más respetuosa con la libertad de la mujer de contraer nuevo matrimonio. Y si bien la sanción, o más bien consencuencia, de ese matrimonio no parece demasiado grave para los que incumplen la norma, salva al menos un aspecto del problema: la confusión de los bienes propios de la mujer con el patrimonio del nuevo marido. El imponer el régimen de absoluta separación de bienes deja a ambos cónyuges con una situación patrimonial semejante a la que tenían antes de casarse, lo cual puede tener algunas ventajas.

Quizá no sea éste el lugar de hacer un análisis-

completo de este precepto, pero aunque sea de paso no quiero dejar de poner de relieve sus inconsecuencias.

1.- De los tres efectos del art. 50, al caso que nos ocupa solo se le puede aplicar la Regla primera; por tanto a los que incumplen la prohibición del párrafo segundo del art. 45, la única consecuencia que se les produce es que se casan en régimen de separación absoluta.

2.- El régimen de separación no es necesariamente peor para la mujer que el de gananciales, pues si bien ella no adquiere la mitad de los bienes de su marido, tampoco éste adquiere la de los de aquélla, y hoy, aunque todavía es normal que los ingresos del hombre sean superiores a los de la mujer, existe una cada vez más frecuente adquisición de ingresos por trabajo de la mujer. Esto en cuanto a los ingresos por trabajo, pero si los cónyuges tienen patrimonio rentable, pueden ser superiores las rentas de la mujer que las del marido.

Y desde el punto de vista de independencia y libertad de administración, el régimen de separación absoluta parece más beneficioso para la mujer que el tradicional de gananciales.

3.- La única razón del precepto, pues, puede ser ésta: evitar que el nuevo cónyuge se aproveche de los frutos de los bienes que a la mujer correspondan como propios por razón de la liquidación de la anterior sociedad de gananciales, y evitar la intromisión del nuevo cónyuge en la administración de esos bienes que proceden de un anterior matrimonio.

4.- No es que nos parezca mal esa norma, pero lo que consideramos inconsecuente es que no se refiere al mayor problema que se produce por ese matrimonio: la posible duda en cuanto al origen del niño que va a nacer como consecuencia de la inmediatividad de la relación de la madre con dos maridos distintos. Naturalmente ese riesgo se puede dar también sin necesidad de contraer nuevo matrimonio, pero parece que es más probable y que se aumenta el riesgo con dos relaciones estables y seguidas. El establecer el régimen de separación no afecta para nada a la condición, ni tampoco a los derechos del hijo que va a nacer.

Si la regla del artículo 50 es una sanción por no haber respetado la norma del artículo 45, nos parece injustificada como pura sanción. Si se justifica es por disminuir los riesgos de un matrimonio tan precipitado, y esos riesgos no parecen eliminarse ni disminuirse por establecer un régimen de separación.

Si lo que se quiere es sancionar a los que ofenden a las costumbres no respetando un plazo, podríamos decir de duelo, nos parece que la ley va más allá de su cometido. Y en el otro aspecto no acertamos a ver la relación del régimen patrimonial de bienes con el hecho de haberse casado con una mujer que está esperando un niño de su anterior marido, cuando ¿qué duda cabe? pueden existir otros hijos de ese anterior matrimonio que merecen la misma protección que el póstumo.

Es por ello que la norma no nos parece mala porque tampoco lo es la consecuencia que determina: que el ma

rimonio se contraiga en régimen de separación absoluta. - Lo que no parece es justificada. Imponer en este caso el - régimen de separación absoluta, y no como supletorio sino- obligatoriamente, es decir sin posibilidad de pactar otro- en capitulaciones, es como una lotería. Sería bueno para - algunos casos y malo para otros, y desde luego no se vé la relación de causa a efecto entre el nacimiento de ese hijo póstumo y el régimen matrimonial.

Lo que nos tememos es que la razón de la norma - no es válida; que es algo así como un pretendido castigo, - a la mujer que se casa estando encinta, y eso sí que no pa- rece poder justificarse en absoluto, y en cuanto tenga ese carácter de vejamen debería ser rechazada. Y en cambio la- norma no entra en el fondo del problema importante que se- suscita.

El problema verdaderamente grave en este caso es la incertidumbre de la paternidad y hasta el fraude de los derechos de los posibles herederos del cónyuge difunto; -- pensemos en que si existen más hijos verán disminuída su - parte, y si no existieren el caso es mucho más grave por - que por el nacimiento del hijo póstumo serían excluidos to- talmente los que si no, hubieran sido herederos legitima- rios o abintestato: padres, hermanos o aun parientes más - lejanos.

En este caso, sobre todo, la tentación es notable: si el hijo de la viuda que está encinta es hijo de su di- funto marido, puede haber si hay testamento, ineficacia de él por preterición, y si no lo hay, llamamiento al nascitu

rus, y en ambos casos el patrimonio del heredero será administrado hasta su mayoría de edad, por su madre que es la-
que ostenta la patria potestad. En cambio, si el hijo de -
la viuda no lo fuera de su difunto marido, ninguno de es -
tos efectos se produciría.

Insisto que este problema no tiene en verdad ninguna relación con el matrimonio de la viuda dentro de ese-
plazo del artículo 45, ya que lo importante no es el hecho
de casarse otra vez, sino el hecho de tener un hijo que --
aparentemente sea de su difunto marido.

Más aún, cuanto que el artículo 108 establece la
presunción de legitimidad para los hijos nacidos antes de-
los trescientos días siguientes a la disolución del matri-
monio, y aunque esta presunción no es iuris et de iure, es
una presunción iuris tantum de una fuerza especial ya que-
tiene la prueba en contra tasada a un hecho bastante difí-
cil de justificar en la mayoría de los casos (art.108,2º).

El Código civil no ignora esta situación y por -
eso la prevé y regula en otro lugar y con independencia ab-
soluta del hecho de que la viuda contraiga o no nuevo ma -
trimonio.

El artículo 959 habla de las precauciones que debe
ben tomarse cuando la viuda queda encinta, o mejor aún - -
cuando cree haber quedado encinta, o dice haber quedado enen
cinta, que para todos esos supuestos son aplicables esos -
artículos.

Aunque sea someramente, vamos a examinar estos -
preceptos que en algún caso se han considerado como discribi

minatorios para la mujer, y que desde luego son exclusivos para ella, y determinados por tanto por razón de su sexo.

Como primera afirmación provisional, hemos de decir que la idea que los inspira no implica ninguna discriminación vejatoria para la mujer, sino que está basada en la misma naturaleza de las cosas, y que la preocupación -- que los justifica es totalmente natural; pensar que sea vejatoria porque trate de evitar la suposición de parto, y -- eso sea un pensamiento que ponga en duda la honorabilidad de las mujeres, sería una posición totalmente ingenua que no resistiría el menor análisis. No se pone en duda aquí -- la honorabilidad de la mujer por razón de su sexo, sino la del género humano, y es indudable que la tentación de hacer pasar a un niño como hijo de un padre que no lo es, es perfectamente posible, y al Derecho le corresponde dictar las normas para tratar de evitar esa situación, más cuando él mismo la provoca al sentar la presunción del artículo 108, presunción que por otra parte tiene una serie de indudables razones que la justifican.

Quizá lo que sucede es que los artículos 959 y ss. se han quedado un poco anticuados en su regulación. Pero por ello no es naturalmente criticable el legislador de 1.889, que hizo, con el mejor criterio, lo que entonces estaba a su alcance. Sin duda hoy existen una serie de procedimientos científicos que deberían ser utilizados para lograr una mayor eficiencia y rapidez en las determinaciones y que podrían ser incorporados a esa sección del Código.

El artículo 959 sienta perfectamente las bases --

de la cuestión. Si la viuda cree haber quedado encinta, -- tiene que ponerlo en conocimiento de los que pueden resultar perjudicados en sus derechos hereditarios por el nacimiento del póstumo. Para que éstos, aunque este precepto -- no lo diga, procuren asegurarse que el niño existe y que -- es efectivamente póstumo, es decir hijo de su difunto marido.

Se abre así un período especial, de pendencia lo llama DE CASTRO ⁽¹¹¹⁾, que en principio puede durar como máximo 300 días después del fallecimiento del marido, conforme al artículo 108, aunque estos artículos no hablan de -- ese plazo, y aunque podría incluso ampliarse al amparo de los derechos que el artículo 111 del Código concede a la -- madre y al hijo que va a nacer.

Aquellas personas pueden, conforme al artículo -- 960, pedir al Juez competente que dicte providencias para evitar dos cosas: la suposición de parto, o que la criatura que nazca pase por viable no siéndolo en realidad.

Parece por tanto que el Juez no puede intervenir ni aun a instancia de los interesados en el punto más grave: en comprobar la certeza del embarazo cuando la mujer -- lo anuncia. Se ha de limitar a comprobar que nace un niño -- dentro del plazo de los 300 días, y a que el niño es viable. En este punto es altamente criticable nuestra legislación. Habida cuenta que el plazo de gestación es variable -- y de difícil determinación exacta, pero que desde luego de acuerdo con las investigaciones actuales puede ser, y de -- hecho la mayor parte de las veces es, inferior a trescientos

tos días, puede darse perfectamente el caso de: concepción fuera del matrimonio disuelto en los días siguientes a esa fecha, aviso de estar encinta la viuda, aplicación de las medidas de los artículos 959 y ss., y nacimiento de un niño viable que aparezca como póstumo sin serlo en realidad.

Claro es que la eliminación de este problema es muy difícil dados los términos del artículo 108, pero debería encararse su solución. La norma del artículo 45 es desde este punto de vista prudente, pero completamente insuficiente según hemos dicho varias veces. La obligación de la viuda de que comprobara científicamente si ha quedado encinta, y aportar ese dato al Juez para iniciar las medidas del artículo 959 y ss., debería hacerse en un plazo inmediato a la disolución del matrimonio, y a nadie se le oculta que una norma de ese tipo tendría muchos más inconvenientes que ventajas, al menos desde un punto de vista cuantitativo; sería vejatoria e inoportuna para las mujeres que se encontraban en ese trance de haber quedado viudas; y ni siquiera resolvería todos los problemas de mala-fé o suposición de parto que precisamente se pretenderían eliminar.

Habría que remitir, por tanto, este problema al campo de la discusión de la legitimidad, bajo las normas del Capítulo Primero del Título V del Libro Primero del Código civil, y resignarse a examinar ahora los preceptos de los arts. 959 y ss. limitados a esos dos fines más modestos que el artículo 959 se propone: evitar la suposición de parto, o que el niño pase por viable no siéndolo en rea-

lidad.

Para ello las normas del Código son en general -
aptas y respetuosas con la condición de la mujer.

De una parte es el Juez el encargado de adoptar-
las medidas que juzgue oportunas; e incluso el art. 960 al
final le recomienda que no ataquen esas medidas ni al pu -
dor ni a la libertad de la viuda. Esa discrecionalidad es-
tablecida por el Código tiene indudables ventajas porque -
no cabe duda que esas medidas irán cambiando, como ha suce -
dido ya, con la forma de entender los derechos de la mujer;
y hoy en base a las normas constitucionales examinadas, ha -
brán de ser respetuosas con la igualdad de derechos que pa -
ra la mujer se proclama.

Las normas de los arts. 961 y 62 son también ra -
zonables; el nuevo aviso al aproximarse el parto, la posi -
bilidad de cerciorarse del alumbramiento, la determinación
de esa persona por los interesados o por el Juez en caso -
de desacuerdo son todas normas prudentes. Lo es también --
que la legitimidad del parto no esté pendiente de la omi -
sión de alguna de esas diligencias ya que hay procedimien -
tos en los que se pueden tratar esos temas. Únicamente es -
discutible la eficacia del reconocimiento de la preñez de -
la esposa por el marido, y la eliminación del aviso del --
959 por ese reconocimiento. La cuestión, sin embargo, no -
tiene mayor importancia, porque limitado el procedimiento -
que estamos examinando a asegurar el hecho del nacimiento -
y la viabilidad, lo único decisivo es el segundo aviso y -
la comprobación de esos hechos. Ese reconocimiento para lo

que podría valer era para justificar más la legitimidad, y en ese sentido tampoco tiene mucho valor, ya que de una parte viene cubierta por la presunción del artículo 108, y de otra ni la aseveración del marido de haber tenido relación con su esposa ni su creencia, sin duda por comunicación de ella, de su estado, añaden nada a las probabilidades de -- que el hijo sea suyo.

Las normas de los artículos 964 y ss. tienen ya contenido preferentemente patrimonial. El que la viuda se alimente a costa de la herencia, que los bienes de ésta se pongan en administración transitoriamente, que se suspenda por tanto la división de la herencia, son consecuencias lógicas de esa situación de dependencia, y no merecen desde -- nuestro punto de vista un análisis más detenido.

2º/. Si la mujer no está encinta.

Hasta aquí hemos examinado uno de los supuestos previstos por el artículo 45: el que la mujer cuyo matrimonio se anuló o disolvió haya quedado encinta. Ahora vamos a considerar el segundo supuesto: que la mujer no esté encinta.

Si la mujer no está encinta, la limitación se extiende no hasta el alumbramiento, sino durante los 301 -- días siguientes a la muerte del marido o a la separación legal.

Este precepto contiene una contradicción; si se impone esa limitación y precisamente durante ese plazo: -- 301 días, no puede ser sino por el juego de la presunción--

del artículo 108; porque si antes de ese plazo nace un hijo deberá presumirse como hijo del anterior marido; pero - si la mujer no está encinta es obvio que no puede ser hijo de aquel marido.

Lo que en el fondo pasa con el art. 45, es que - esta norma la debe dar para el caso de que la mujer esté - encinta sin saberlo y para evitar que exista incertidumbre en cuanto a la paternidad de ese hijo. Suponemos que ésa es la razón del precepto aunque desde luego, el artículo no - dice eso. Lo único que establece es que a la mujer viuda o anulado su matrimonio le está prohibido el matrimonio du - rante 301 días, si no está encinta, porque si lo estuviere solo le estaría prohibido hasta el momento del alumbramien - to.

La norma pues no intenta imponer un período de - duelo durante el cual sería inmoral que la mujer contraje - ra matrimonio. Si tuviera este sentido la norma sería cla - ramente vejatoria, ya que la misma razón habría para impo - nerla al hombre que a la mujer, y en verdad no estaría jus - tificada ni para la una ni para el otro, y habría que eli - minarla pura y simplemente. Pero si la norma está basada - en la naturaleza, en el riesgo que la mujer se case sin sa - ber que estaba encinta y exista el riesgo de ser incierta - la paternidad, el precepto sí podría estar justificado.

Y digo estaría justificado, porque si ese es su - sentido, como nosotros creemos, nos parece un rudimentario y tosco sistema el establecido. Rudimentario mirado con -- los ojos de esta época y tosco en todo caso, porque parece

razonable mantener esa duda durante dos, tres, o cuatro meses desde el fallecimiento o la separación, pero no se vé la ventaja de que persista esa prohibición durante esos -- 301 días cuando a la mitad de ese tiempo ya no cabrá abrigar duda sobre si la mujer está encinta, y entonces una de dos: si lo está, se aplicará la parte del precepto antes examinada, y si no lo está no hay ninguna razón para que no pueda casarse en cualquier momento y sin limitación de ninguna especie. Salvo que se quiera dar a ese plazo, en todo caso, el carácter de luto de la viuda, en cuyo caso el precepto debe inmediatamente desaparecer.

De acuerdo con lo que creemos que es la ratio legis del precepto, su actualización debería hacerse así: Para que la mujer viuda o anulada contrajera matrimonio sin sanción alguna durante el período de actuación de la presunción del art. 108, debería acreditar científicamente, lo que es muy fácil, que no está encinta, y con esa simple prueba se interrumpiría el plazo y prohibición del art. 45. Todo ello desde luego, sin perjuicio de los derechos que los interesados tienen siempre a defender o impugnar la legitimidad de un nacido.

Es decir que a la mujer se le deben aplicar las normas especiales que por razón de su naturaleza, de su posibilidad de ser madre, sean necesarias, pero de manera -- que no coarten su libertad y su capacidad, en este caso para contraer nuevo matrimonio, más que en lo estrictamente necesario para salvaguardar otros derechos que incluso pueden ser de importancia superior.

b) EXAMEN DE LA EDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO

El artículo 83,1² que establece que no pueden -- contraer matrimonio los varones menores de catorce años y las hembras menores de doce. Si unimos esto con el párrafo segundo de ese mismo apartado, que considera revalidado el matrimonio por el hecho de haber concebido la mujer antes de haber llegado a esas edades, queda claro que lo que el legislador pretende decir es que no pueden contraer matrimonio los que no son capaces físicamente de concebir hijos hasta que alcancen esas edades, o más claramente aún que -- la norma pretende estar basada en la naturaleza y en la -- más temprana maduración física para el matrimonio de la mujer que el varón.

En estos términos generales la norma sigue un -- criterio seguro y tradicional. En ese sentido no es discriminatoria para ninguno de los dos sexos. Otra cosa sería -- examinar la norma a la luz de las conveniencias sociales o demográficas. En ese sentido sería preferible unificar -- nuestra norma con la del Derecho canónico, que también establece una edad más temprana para la mujer, o incluso elevar esas edades ya que desde muy diversos puntos de vista -- parece inconveniente que contraigan un compromiso para toda la vida, el más grave, y además indisoluble conforme a nuestra legislación, unos niños a los que fuera de eso la ley no reconoce capacidad para asumir la menor obligación. Pero el examen de esta cuestión se sale desde luego de los límites propuestos para este estudio ⁽¹¹²⁾ .

c) EXAMEN DEL ARTÍCULO 101, 3º DEL CÓDIGO CIVIL.

Fuera de estos preceptos, no quedan ya como consecuencia de la reforma de 1.958 preceptos que establezcan diferencias por razón del sexo en orden a la capacidad matrimonial. La única reminiscencia es el motivo de nulidad del matrimonio civil contenido en el número 3º del artículo 101: haberse contraído el matrimonio por el raptor con la mujer raptada mientras ésta se halle en su poder. La norma es en verdad un residuo histórico, e incluso debería admitirse, como veremos luego, que el rapto se puede dar no solo respecto de la mujer sino respecto del varón.

Desde luego nuestro Código civil es correcto en cuanto que el delito de rapto se define precisamente, dada la tipicidad de los delitos penales, como el arrebatarse a una mujer, y no a un hombre, de su domicilio, con miras deshonestas, y por lo tanto no puede haber rapto de acuerdo con el Código penal sino respecto a las mujeres. Y es también consecuente con el Derecho canónico que refiere el rapto solo a la mujer, y lo considera en las mismas circunstancias también como impedimento dirimente.

Pero lo que queremos hacer observar es que si el rapto incluye tanto la fuerza como los ruegos o promesas engañosas, tanto puede ser raptada una mujer como un hombre, sobre todo si pensamos que dentro de la palabra hombre tenemos que incluir, de acuerdo con el artículo 83, a todos los varones con tal que tengan 14 años, y cualquiera que sea la edad de la, llamémosla, raptora.

4. RELACIONES DE LA MADRE SOLTERA O VIUDA CON SUS HIJOS.

Nos referimos, naturalmente, a la mujer soltera o viuda que tiene hijos. La madre soltera puede encontrarse en las siguientes situaciones:

a. Ser la única que ha reconocido al hijo que -- respecto de ella tiene la condición de natural. El que respecto del padre verdadero pueda tener la condición de no natural, es decir de adulterino, sacrílego o incestuoso, -- nos puede interesar, en tanto en cuanto ese hijo no puede ser reconocido por él y por si pierde la condición de natural respecto de la madre. Podría tener importancia si esa situación llegara a ser indudable, por sentencia firme u -- otra manera igualmente segura, y pudiera influir en la condición de hijo natural del niño.

b. Haber reconocido a su hijo como natural, y -- que después se produzca el reconocimiento de ese niño por un varón, o incluso por varios varones.

c. Haber reconocido a ese hijo como natural, y -- después contraer matrimonio. En este caso puede haber dos variantes: que el marido a su vez reconozca al niño como -- suyo, antes o después del matrimonio, o que el marido no -- le reconozca.

d. Reconocer al niño como natural después de haber contraído matrimonio.

La mujer viuda, por su parte, puede encontrarse en las siguientes situaciones:

a. Que haya tenido en estado de soltera algún hijo natural. Este caso lo subsumimos en el análisis de las-

posibles situaciones de la madre soltera.

b. Que haya tenido hijos legítimos durante su matrimonio, y que al quedarse viuda, esos hijos no hayan alcanzado la mayoría de edad.

Hay una variante digna de examen en este supuesto, que es que la mujer viuda contraiga nuevas nupcias después.

c. Que la mujer viuda tenga en este estado algún hijo natural, siendo indiferente que tuviera o no hijos legítimos. También esta situación debe resolverse por los mismos criterios que se darán para la mujer soltera.

Aparte de estas situaciones de hijos de sangre, examinaremos al final la situación de la mujer soltera o viuda que tiene hijos adoptivos.

A. HIJOS RECONOCIDOS EXCLUSIVAMENTE POR SU MADRE SOLTERA.

En el caso de que el hijo de la madre soltera esté únicamente reconocido por ella, situación ésta la más frecuente, la madre ejerce la patria potestad sobre su hijo conforme al artículo 154, 2º del Código civil. "Los hijos naturales reconocidos están bajo la potestad del padre o de la madre que los reconoce". El contenido de esta patria potestad es casi el mismo que el que tiene respecto de los hijos legítimos, con la excepción del artículo 166-C.c. que dice: "Los padres que reconocieren o adoptaren en forma menos plena no adquieren el usufructo de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos, y tampoco tendrán la

administración, si no aseguran con fianza sus resultados a satisfacción del Juez del domicilio del menor o de las personas que deban concurrir a la adopción." ⁽¹¹³⁾

En este punto el Código no distingue entre el padre o madre que tenga la patria potestad ⁽¹¹⁴⁾. No parece -razonable examinar aquí la regulación, con sus aciertos y errores, de la patria potestad respecto a las personas de los hijos (arts. 155 - 158 C.civil) y respecto de los bienes de los hijos (arts. 159 - 166 C.civil) ⁽¹¹⁵⁾.

La madre que sigue soltera tendrá, no cabe duda, mayores dificultades para sacar adelante a su hijo, que si coinciden el esfuerzo del padre y de la madre. Para ayudar la en esa situación especialmente difícil frente a la so-ciedad y a su misma familia, y en las necesidades de hacer frente por sí sola a la alimentación, educación e instruc-ción de su hijo (obligaciones que le impone el artículo --155), las legislaciones más progresivas han articulado un-sistema de subsidios y subvenciones.

En el último Período de Sesiones de la Comisión-de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Nacio-nes Unidas -celebrado hasta ahora- en 1.972, examinándose-este tema se subrayó la necesidad de aprobar principios generales que prepararan el camino para la eliminación de la discriminación de la madre no casada en aquellos países en que todavía no se hubiera hecho, y se señaló que "en la integración de la madre no casada y su hijo en todos los sectores de la sociedad, se veía muy facilitada en todos los-casos en que se había promulgado una legislación progresi-

va destinada a la eliminación de la discriminación legal y social existente contra ella", y se aprobó una Resolución- que es extraordinariamente interesante y que reproducimos- luego, pues volveremos a comentar alguna de sus afirmacio- nes.

Un examen somero y puramente legal de esta situa- ción de padre o madre que ha reconocido a su hijo natural- unilateralmente, nos llevaría a afirmar que no existe dis- criminación por razón del sexo. Tanto el padre como la ma- dre solteros son tratados de forma igual por el artículo - 154 y concordantes. Tanto si el que reconoció al niño es - el padre como la madre, el contenido de la patria potestad es el mismo para el varón que para la mujer; ésta está to- talmente igualada con aquél.

Sin embargo, esta postura sería hipócrita o - - irreal. En la realidad: a/ casi nunca el niño deja de ser- reconocido por la madre, o por lo menos el tanto por cien- to de reconocimientos maternos es infinitamente superior - al de reconocimientos paternos, por el principio natural - de que la madre siempre es cierta, y por la diferencia en- la regulación de la investigación de la paternidad y la ma- ternidad. Mientras los procedimientos o casos de investiga- ción de la paternidad son lo limitados que establece el ar- tículo 136 C.civil, los de investigación de la maternidad- son los mismos del padre, y uno más, conforme al artículo- 136, pero, ese uno más, es tan fácil: "Que se pruebe cum - plidamente el hecho del parto y la identidad del hijo", -- que hace que se pueda decir que la investigación de la ma-

ternidad es absoluta, y que únicamente no tendrá el carácter de hijo natural de su madre, el que no quiere adquirir o tener ese carácter ⁽¹¹⁶⁾ ; b/ es muy frecuente el reconocimiento materno que no va acompañado del reconocimiento paterno, y en cambio es extrañísimo el caso contrario, esto es el del padre que reconoce a su hijo natural, sin que -- también lo reconozca la madre, con lo cual no pesa nunca -- exclusivamente sobre los hombros del padre el hijo natural, y sí con mucha frecuencia sobre los de la madre; c/ la posición del hombre desde un punto de vista económico y cultural sigue siendo, normalmente, mejor que la de la mujer; d/ existe además una clara diferencia en la reacción social y familiar respecto al hombre o la mujer que tienen un hijo natural. El hombre no es discriminado por ello, no tiene dificultades en la sociedad, ni en su familia, ni en su trabajo, ni en la estimación general, mientras que la mujer lo es; menos que en otros tiempos, y si se quiere menos cada día, pero sigue existiendo esa discriminación.

Como consecuencia, la aparente igualdad en el trato que el Código da al padre o madre que reconoce un hijo natural no es una equiparación verdadera, ya que la madre se encuentra casi siempre sola con esas cargas y obligaciones, mientras que el padre las lleva compartidas con la madre del niño, aunque no contraigan matrimonio.

La discriminación no se produce directamente por la regulación del Código civil en este punto, y la justicia obliga a no criticar al Código; se produce indirectamente por dos causas fundamentales, una social y la otra --

jurídica:

1ª. Por la distinta reacción de la sociedad ante una madre soltera, que ante el padre que tiene o engendra un hijo; lo que hace mucho más difícil y peor la situación de la madre, que además es la que cuida normalmente del hijo; con lo que aquel de los progenitores que adopte una actitud más humana y justa, y más beneficiosa para la sociedad, que es cuidar al hijo, es quien merece la reprobación de la sociedad y quien se vé discriminado y criticado; -- mientras que el que, siendo tal progenitor y culpable como el otro, abandona al hijo y se oculta, ni es discriminado ni tiene ninguna obligación.

2ª. Por el distinto trato que el Derecho da a la investigación de la paternidad y de la maternidad, facilitando ésta sobremanera, lo cual nos parece perfecto, y haciendo en cambio extraordinariamente difícil la otra, lo cual es criticable ⁽¹¹⁷⁾, so pretexto de amenazas para la tranquilidad de los varones, de posibles chantajes, o como decían los autores antiguos ⁽¹¹⁸⁾, porque sería una amenaza para la tranquilidad de las familias; porque se fomentarían las relaciones ilícitas con el aliciente de que podrían ser base del reconocimiento forzoso de la prole engendrada en ellos; y por la imposibilidad de probar en la materia de estos procesos, y por el peligro de imaginaciones e imputaciones falsas de paternidad.

Conviene traer aquí dos de las recomendaciones de la Comisión de las Naciones Unidas: "Las autoridades competentes deberán prestar a la madre toda la asistencia-

adecuada para ayudarle a a/ determinar la filiación paterna, y b/ obtener un acuerdo de observancia obligatoria por parte del padre o una decisión de la autoridad o del tribunal competente para que el padre contribuya a prestar alimentos al hijo", y que "los Estados Miembros de las Naciones Unidas consideren la posibilidad de llevar a la práctica programas ... con objeto de que se establezca un equilibrio en las actitudes sociales respecto de ambos sexos en cuanto se refiere a la responsabilidad por estos nacimientos".

En conclusión, para lograr la igualdad de trato para la mujer soltera con el hombre soltero en este punto queda todavía un gran camino por andar, que en buena parte puede ser recorrido por medio de una regulación adecuada. No con la reforma, probablemente, de estos artículos, 154- y ss. que hemos citado, sino con una regulación adecuada de la responsabilidad por la paternidad respecto a los hijos naturales; responsabilidad que no debe ir dirigida a promover los matrimonios de los padres, que sería en muchos casos originar un mal mayor tanto a los padres como a los hijos, sino encaminada a salvaguardar los derechos de los hijos respecto a sus dos progenitores y a ayudar económica y socialmente al que asuma el cuidado y atención de los hijos, que es normal, o por lo menos, más frecuentemente, la madre.

Para terminar este punto: situación de la madre soltera que es la única que ha reconocido al hijo natural, nos queda referirnos a dos situaciones posibles:

1. Caso del hijo ilegítimo por su padre y natural por su madre.

Que se llegue a descubrir que el hijo que tendría la condición de natural, y no de ilegítimo no natural por la madre, tiene sin embargo esa condición en relación con su padre. El caso más frecuente es el hijo de madre soltera, cuyo padre es un hombre casado.

El artículo 119 es el que define qué son hijos naturales para nuestra ley: lo son "los nacidos, fuera de matrimonio, de padres que al tiempo de la concepción de aquéllos pudieran casarse con dispensa o sin ella". Es evidente que para que un niño tenga la condición de natural, es preciso que ambos padres pudieran casarse, no uno solo de ellos (119).

Como consecuencia, si ambos padres no pueden casarse, el hijo tendrá la condición de ilegítimo no natural, con los gravísimos efectos que eso lleva consigo en nuestro Derecho. A diferencia del artículo 134, el 139 solo les concede el derecho a alimentos y les priva del derecho a los apellidos y a la porción hereditaria como legítimos.

Sin embargo el legislador, que no quiere perjudicar a los hijos (y en este punto la evolución ha sido clarísima de igualación de los ilegítimos con los legítimos, o al menos de mejoramiento de los derechos de los ilegítimos naturales o no (120)), establece una presunción, para favorecerlos, en el artículo 130, que dice: "En el caso de hacerse el reconocimiento por uno solo de los padres, se

presumirá que el hijo es natural, si el que lo reconoce tenía capacidad legal para contraer matrimonio al tiempo de la concepción".

En base a este precepto, todo reconocimiento de un hijo por su madre soltera, hace en principio que se le trate como natural.

El problema es que se llegue a descubrir la paternidad y que al hacerlo se destruya la presunción del artículo 130, ya que no parece que exista duda de que no se trata de una presunción iuris et de iure, sino de una presunción iuris tantum ⁽¹²¹⁾.

Este descubrimiento no es frecuente, pero es perfectamente posible. No es frecuente porque el padre casado ⁽¹²²⁾ tiene prohibido reconocer a ese hijo, pero puede producirse en los casos de violación, estupro o rapto, por la consiguiente sentencia que establezca la relación de consanguinidad, conforme al último párrafo del artículo 135, y lo que es más grave, por la simple aplicación del 140, 2º Código civil si la paternidad resulta de un documento indubitado del padre en el que reconozca la filiación, puesto que en base a él se puede investigar la paternidad ⁽¹²³⁾.

Si esta determinación se produce en base al artículo 119, el hijo perdería la condición de natural. La medida es de tan extraordinaria gravedad que, aunque en base a la letra del 119, que parece debe prevalecer sobre el -- 130, creemos sería la correcta, nos resistimos a admitirla, ⁽¹²⁴⁾ y esto a pesar de la S.T.S. de 9 de Junio de 1.893. - Una consecuencia como la indicada acarrearía para el niño-

que es la parte inocente, una pérdida de derechos respecto de su madre, y para la madre la alteración de su patria potestad. Incluso no nos parece suficiente la argumentación de ALBALADEJO y de la S. de 1.893. De la posibilidad concedida por el artículo 138 de impugnar un reconocimiento no se puede deducir que todos los reconocimientos de un hijo de madre soltera, por ella, cuyo padre en cambio no lo puede reconocer, sean ineficaces. El concepto de impugnabilidad no es sinónimo de nulidad o ineficacia, sino al contrario. Un acto impugnabile es válido y eficaz, mientras no se impugna, y triunfa esta acción. Hay múltiples ejemplos de ello en nuestro Derecho, y aun en el caso de impugnación con éxito hay casos en que surte ésta efectos retroactivos, y otros en que no.

Por consiguiente, en base al artículo 138, lo -- que se puede afirmar es que un reconocimiento por una madre soltera, de su hijo natural, podrá perder su validez con la consiguiente pérdida de la condición natural del hijo, si es impugnado por aquellos a quienes perjudique. Y como el número de éstos es muy limitado, también serán los menos los casos en que se perderá esa condición de natural por el niño.

Y digo que es muy limitado porque los legitimados para ejercitar esa acción son solo los perjudicados -- por la condición de natural del niño. Y precisamente nunca lo serán los parientes de la familia del padre que no le puede reconocer, porque respecto de ellos no puede afectarles más que por el derecho a alimentos del art. 140, que --

es absolutamente independiente de la condición o no de natural respecto de su madre; es decir, que no parece que -- tengan interés legítimo, por no tener perjuicio, en ejercer esa acción.

Parece que solo las personas de la familia de la madre (que le reconoció como hijo natural, sin poder conforme al 119), que se vean perjudicados en sus derechos -- por la existencia de ese hijo natural serán los legitimados ⁽¹²⁵⁾. Entre ellos habría que pensar en los posibles hijos legítimos de la madre, en otros hijos naturales, y en sus ascendientes con derecho a legítima. Y verdaderamente los descendientes y ascendientes legítimos, ni el viudo, -- ven disminuidos sus derechos hereditarios por la concurrencia de un hijo natural. Solo por razones económicas otros hijos naturales podrían alegar un perjuicio claro conforme al artículo 840 del Código.

En cuanto a perjuicios morales o no económicos, -- la prueba de ellos no es nada fácil. Considerar que el que su madre o hija tenga reconocido un hijo natural les causa perjuicio es dudoso, y desaparece esta duda si pensamos -- que por su acción lo que conseguirían es demostrar que -- siquiera es natural el hijo de esa mujer, sino fruto de -- una relación más condenable.

En resumen, una posibilidad de impugnación tan -- reducida, no puede servir para negar la posibilidad -- reconocida por el artículo 130--, de tratar como hijos naturales a los reconocidos por uno solo de los padres, aunque -- se sepa que el otro no lo puede reconocer, mientras efecti

vamente no prospere la impugnación.

Para el niño representaría que a cambio de unos alimentos en su mínima expresión: "los auxilios necesarios para su subsistencia" conforme al artículo 143, perderían el derecho a llevar los apellidos de su madre y la condición de legitimarios de ella. Es de sobra sabido que la regulación de la filiación ilegítima, natural o no, se ha quedado anticuada en nuestro Código, y que éste es excesivamente poco cuidadoso de los derechos de esos hijos ⁽¹²⁶⁾, pero por eso mismo una interpretación integradora y actualizada de nuestras leyes debe tratar de aprovechar al máximo los preceptos legales para no conducir a resultados totalmente contrarios al sentimiento contemporáneo de justicia, y a los sentimientos de la sociedad a la que se aplican esas normas.

Para la madre serían las consecuencias también graves. El Código civil, al hablar de la patria potestad, habla de los hijos legítimos, naturales reconocidos y adoptivos (art. 154). No cabe duda que los legitimados se encuentran comprendidos, pero ¿y los ilegítimos no naturales? ⁽¹²⁷⁾ Ni por un momento el Código se refiere a ellos. La razón parece que debe ser que, puesto que los hijos ilegítimos no pueden ser reconocidos, o puesto que se supone que son de padres desconocidos, no hay necesidad de regular la patria potestad. Pero la realidad no es esa. Puede haber hijos ilegítimos cuyos padres se sepa quiénes son, y sobre todo están los ilegítimos por parte de padre y naturales por parte de madre, ya que al revés es rarísimo que-

se produzca el supuesto. A estos hijos, con la letra del artículo 154, parece que no se les pueden aplicar las normas de la patria potestad. Sin embargo, creemos que esta laguna legal debe suplirse de acuerdo con las modernas orientaciones, aplicando por analogía el artículo 154, en relación con el 130, y considerando que la madre que ha reconocido al hijo conforme al último artículo citado y que por lo tanto ostenta la patria potestad no la pierde aun que después exista esa relación de ilegitimidad con el padre.

La solución contraria sería absurda, inconveniente para la madre, el hijo y la sociedad, y además fruto de una imprevisión del legislador que no hay que suponer sino suplir, y llevaría a las malas consecuencias para el menor que M.-RADIO señala ⁽¹²⁸⁾.

Es por estas dos consecuencias, ambas perjudiciales para el hijo, a quien el Derecho debe procurar proteger en la medida de lo posible, y la segunda además perjudicial para la mujer soltera, que no es culpable de la imposibilidad de casarse del padre de su hijo, y que en ocasiones ni siquiera la conoce, por las que defendemos: desde un punto de vista interpretativo el mantenimiento del carácter de hijo natural respecto a la madre en base al artículo 130; y de lege ferenda la necesidad de consagrar de una manera específica que es natural el hijo de madre o padre que podía casarse al tiempo de la concepción, y que en caso de que uno de los padres no lo pueda reconocer, normalmente el padre, por lo dicho y por el juego de los artí

culos 108 y 109, la patria potestad radica en el otro, sin que se pierda o modifique por la posible falta del que no lo haya reconocido.

Otra solución sería empeorar aún más la ya nada-envidiable situación de la madre soltera que reconoce a -- sus hijos. Pues no olvidemos que ella no puede impedir un-reconocimiento o declaración de un varón que no sea de ver^{dad} el padre del niño, y quiera perjudicarla o privarla de su patria potestad, provocando la apariencia de su ilegiti^{midad} paterna, hasta con ánimo de indirectamente apoderarse de la persona o patrimonio de ese niño, del que única⁽¹²⁹⁾ mente la madre es absolutamente cierta. M-RADIO niega- que se pueda hacer reconocimiento de un hijo ilegítimo no-natural, en el caso de la madre soltera, que le reconoció-como natural, por el padre que le privaría con su relación de ese carácter, salvo cuando se haya ejercitado con éxito la correspondiente acción de impugnación de la presunción-inicial.

Sus razones son: 1ª que esa declaración del pa - dre significaría contrariar la cualidad de natural, y la - impugnación solo puede hacerse, conforme al artículo 138,- por aquellos a quienes perjudique. 2ª porque si no cabe la declaración en contrario, de su carácter natural, de la ma^{dre}, que no puede revelar el nombre del padre conforme al-art. 132, menos aún se deberán admitir los efectos de la - declaración del padre. 3ª porque no se puede admitir un re^{conocimiento} para empeorar la situación de un hijo cobija-do en la presunción de naturalidad. 4ª porque la admisión-

de esa declaración sería motivo de escándalo, iría contra los principios fundamentales que gobiernan el régimen de la familia que son de orden público, y afectaría a las buenas costumbres al poner de manifiesto actos radicalmente inmorales como el incesto o el adulterio.

Algunas de estas razones pueden ser discutibles, pero en conjunto tienen un gran valor; y especialmente la primera nos parece suficiente para desmontar todo ataque a la condición de natural de los llamados naturales presuntos, que no sea por la limitada vía de la impugnación conforme al artículo 138.

2. Caso de la madre menor de edad.

Madre soltera menor de edad y como consecuencia sometida asimismo a la patria potestad. La situación es -- muy extraña jurídicamente hablando, pero se produce con relativa frecuencia.

Sobre la posibilidad de que reconozca hijos la mujer menor de edad, existe una doctrina muy extensa (130). Así lo reconoció la S.T.S. de 12 de Junio de 1.885, declarando que sería contrario a la moral que hubiesen los padres dejar incumplida la obligación que tienen, con arreglo al Derecho natural y positivo, de reconocer y alimentar a sus hijos (131).

Y también --aunque incidentalmente--, se reconoce que el reconocimiento sirve de acceso a la patria potestad sobre los hijos naturales, del mismo modo que el nacimiento dentro de legítimo matrimonio da origen a la patria potestad sobre los hijos legítimos, y que por tanto parece lógico

estimar autorizado el reconocimiento y la consiguiente patria potestad a partir de las edades que se señalan para casarse y para testar.

Una mujer menor de 21 años vive con sus padres, a cuya patria potestad está sujeta. En consecuencia está obligada a obedecerles (art. 154), los padres son los administradores legales de sus bienes (art. 159) y la hija que esté en esa situación no tiene la administración de ninguno de sus bienes, ni aun de los que adquiriera por su trabajo o industria, a no ser que viva, con consentimiento de sus padres, independiente de éstos ⁽¹³²⁾.

En esta situación si la hija tiene un hijo natural, cosa que vemos sucede con frecuencia, aparentemente no cambia su régimen jurídico. El Código civil no ha previsto en absoluto esa situación.

La emancipación de la mujer sujeta a la patria potestad solo se produce conforme al artículo 314 por el matrimonio o por concesión del padre o madre que ejerza la patria potestad. Por tanto el hecho de ser madre no altera en nada su capacidad, mejor podríamos decir su incapacidad, jurídica. Si tiene 18 años cumplidos, el padre o madre podrán tener el buen sentido de emanciparla, pero no están en absoluto obligados a hacerlo.

El problema, por las razones antes expuestas de tipo factico, es más frecuente en la mujer que en el varón. Es raro el padre varón, menor de 21 años, que reconoce hijos naturales, y en cambio es muy frecuente que lo hagan las madres. Desde un punto de vista jurídico no es que el Código contenga ninguna discriminación respecto de la mu -

jer; sencillamente desconoce el problema La discriminación se produce por la mayor frecuencia del problema en ella, y como consecuencia por sentir ella también la mayor necesidad de una normativa especial.

La situación, con el Código en la mano, es bastante preocupante. La madre es incapaz jurídicamente habiendo. Su padre es su representante legal en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho - (art. 155, 1º).

No cabe duda que conforme al art. 154 la patria-potestad corresponde a la madre soltera aunque sea menor.- ¿Pero cómo va a cumplir sus obligaciones respecto de su hijo?

Tiene el deber de tenerle en su compañía, pero no tiene domicilio propio ni puede fijarlo, ya que no puede abandonar la casa paterna sin consentimiento de su padre o madre.

Tiene el deber de educarle e instruirle, pero no tiene la administración de sus bienes propios.

Tiene el deber de representarle, pero no está ni declarada capaz ni legitimada activamente para comparecer ante los Tribunales.

Si su hijo tiene bienes, no puede tener tampoco la administración de ellos por su falta de capacidad.

Verdaderamente se produce como una transposición de facultades al abuelo materno que tiene la patria potestad sobre la madre, con todos los inconvenientes de todo tipo: jurídicos, sociales, familiares, personales y económicos.

nicos que esto lleva consigo. Si el representante de la madre soltera es su padre para todo lo que redunde en provecho, parece que será él el que deberá representarla en el ejercicio de sus derechos. Las vejaciones e inconvenientes que esto puede representar para la madre soltera y el hijo no es necesario enumerarlas.

Naturalmente cabe, y será lo más frecuente, que los padres de la madre soltera la defiendan, alimenten y cuiden con su hijo. Incluso podría interpretarse así la obligación que se les impone de alimentarles, sobre todo habida cuenta del cambio de sentido de la patria potestad moderna, que de un derecho ha pasado a que sea entendida como una función o un deber, establecida más en beneficio de los hijos que de los padres ⁽¹³³⁾. Y hasta podría aplicarse por analogía la norma del artículo 1.903 C.c. que impone al padre la responsabilidad de los perjuicios causados por los hijos menores de edad que viven en su compañía, salvo cuando prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño. La intención del legislador estuvo sin duda muy lejos al dictar el artículo 1.903 de la situación que examinamos, pero si el padre debecuidar a sus hijos y responde de sus actos cuando no ha puesto el suficiente cuidado, podría estimarse como una omisión en la guarda o mejor en la educación, y llevar aparejada esa responsabilidad la obligación de cuidar del nieta.

Pero en el caso, nada extraño, de reacción violenta de los padres contra la madre soltera, ¿cuál es la -

situación de ésta durante el embarazo y después del parto? No olvidemos las atenuantes del Código Penal (arts. 410 y-411) para los abuelos maternos que "para ocultar la deshonra" provocan el aborto o el infanticidio. Está sin recursos, aunque sea rica; sin administración, aunque tenga bienes; sin poder acudir a los Tribunales, porque no tiene legitimación; sin poder cumplir sus obligaciones aunque el Código se las impone por otro lado, y la naturaleza se las dicta.

El riesgo que corre la mujer soltera, en su persona, en su moral, en su conducta, en su patrimonio, en su hijo, es a todas luces exagerado, y la necesidad de su protección, y de un régimen especial para ese caso, evidente.

Las únicas soluciones que parecen existir son o la emancipación si tiene 18 años, o la vida independiente que la facultará para reputarla en cuanto a los bienes que adquiriera con su trabajo como emancipada, conforme al artículo 160. Pero para ambas cosas necesita la autorización de sus padres. Sin la colaboración de ellos si deja la casa paterna podrá ser reintegrada a ella, o incluso detenida en un establecimiento correccional conforme al artículo 156.

Nosotros en este punto, aun con todas sus dificultades, nos resistimos a admitir esta solución y creemos que la madre soltera debería poder pedir al Juez la emancipación o habilitación de edad por aplicación analógica de los artículos 314, 1º, 168 y 322, o bien la suspensión de la patria potestad de sus padres al amparo del artículo --

171. La solución de todas maneras no es nada clara, y la aplicación de estos preceptos muy polémica. La misma Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo que luego citamos considera que el contenido de la patria potestad es personalísimo e intransmisible, pero tampoco resuelve definitivamente el problema.

Parece, en fin, que encontramos aquí una situación de la mujer soltera que necesita urgente remedio, ya que las normas que contiene nuestro Derecho, o las situaciones que se producen por el juego de ellas son exactamente las contrarias a las recomendadas por las Naciones Unidas, o sencillamente las menos adecuadas para cualquier espíritu que con cierto sentido de la realidad actual, o de las conveniencias de la madre, del hijo y de la sociedad en la que vivimos, examine la situación expuesta.

(134)
CASTÁN VÁZQUEZ, aunque sin entrar en el problema, cree que la madre menor de edad ejerce la patria potestad sobre sus hijos reconocidos.

Mucho más recientemente hay a favor de nuestra tesis un argumento muy importante. La Circular de 20 de Abril de 1.971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que contiene las Instrucciones para la aplicación de las nuevas normas de la ley de 1.970 sobre la adopción, dice:

"En la adopción del hijo natural menor de edad se ha dudado de si puede prestar el consentimiento para la adopción el padre o madre que lo ha reconocido cuando estos padres son menores de edad. El contenido ético jurídico de la patria potestad es personalísimo e intransmisible.

El hijo natural reconocido está bajo la patria potestad -- del padre o madre que le reconoce (154). Por esto el consentimiento libremente prestado por el padre o madre natural que tenga la patria potestad del hijo hay que considerarlo válido".

B. HIJOS RECONOCIDOS PRIMERO POR LA MADRE Y --
DESPUÉS POR UN VARÓN.

En el caso de que el hijo de la madre soltera esté reconocido por ella como natural, se puede producir después el reconocimiento por un varón.

Conforme al Código civil no existe dificultad -- ninguna para que así sea, y esta es la solución lógica; el artículo 129 dice que "el hijo natural puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente, o por uno solo -- de ellos".

Puede por tanto: que la madre lo reconozca y el padre no; que sea el padre el que lo reconozca y la madre no, situación menos frecuente pero posible; que los dos -- padres lo reconozcan simultáneamente y de acuerdo; y que -- los dos padres lo reconozcan uno después del otro, lo cual es totalmente posible sin que a ello obste la palabra conjuntamente que puede entenderse no solo como sinónimo de -- simultáneo, sino de concurrente; el art. 132 prevé que el padre o la madre hicieren el reconocimiento separadamente.

(135)
CASTÁN TOBEÑAS considera que puede haber --
tres casos de reconocimiento:

1º. Reconocimiento unilateral por un solo padre.

Es en este caso un acto individual, y no se puede indicar el nombre de la persona con quien se hubiera tenido el hijo (art. 132), es además presunto y provisional por el juego de los artículos 130 y 138.

2º. Reconocimiento unilateral por los dos padres en actos separados. Ambos reconocimientos son independientes, pero después del primero, al segundo no le es aplicable la prohibición del artículo 132 que no tiene razón de ser.

3º. Reconocimiento bilateral por los padres en acto conjunto.

(136)
ALBALADEJO cree que existen: el reconocimiento unilateral único, el reconocimiento unilateral por los dos padres en dos actos separados y sucesivos, y el reconocimiento bilateral o hecho por los dos padres en un mismo acto.

(137)
BORRACHERO en cambio, cree que el Código civil solo regula: o el reconocimiento hecho por ambos padres conjuntamente, en un solo acto, o el hecho por el padre o por la madre, sin que haya previsto la hipótesis de que reconocido el hijo ya por uno de sus progenitores, el otro, en un tiempo posterior, es decir, sin unión, sin conjunción de tiempo, reconozca también. Se basa para ello en la forma disyuntiva y no copulativa en que se expresa el art. 129; en que los arts. 130 y 132 aluden al reconocimiento hecho por uno solo de los padres; y en que al exigir el art. 133 la aprobación judicial para que pueda efectuarse el reconocimiento de un menor de edad, es que éste carece-

de la correspondiente representación legal, ya que sería - anómalo que teniendo quien ejerciera la patria potestad se le privara de su representación para uno de los hechos más trascendentales de su vida jurídica.

Nuestro criterio es que efectivamente caben el - reconocimiento unilateral y único y el reconocimiento conjunto que están expresamente aludidos en los artículos 129 y 130. Pero que aunque el reconocimiento separado por los dos padres no está citado, tampoco está excluido; y que incluso la palabra conjuntamente no es sinónima de simultáneamente. En lo que estamos de acuerdo con BORRACHERO es - en que el Código no ha previsto ni regulado las consecuencias de los dos reconocimientos sucesivos.

Porque efectivamente en el caso de dos reconocimientos sucesivos, se produce un grave problema. Como ha - dicho CICU⁽¹³⁸⁾ en la filiación natural no se da la pertenencia del hijo a una familia ni relaciones con los parientes de los padres; hay solo una relación aislada entre el hijo y el padre, y cuando reconozcan ambos padres, o la comprobación judicial se haga con relación a ambos, hay, - no una relación única, sino dos relaciones distintas e independientes entre sí. Como consecuencia no puede haber patria potestad familiar, compartida ni conjunta. Tiene que haber patria potestad exclusivamente de uno de los padres.

En nuestro Código civil el artículo 154 establece la preferencia del padre sobre la madre, como norma general, para ostentar la patria potestad. Esta norma ha sido objeto de revisión en la mayoría de las legislaciones -

modernas dando entrada a la madre, en una forma u otra, a participar de esa autoridad y cuidado; pero en nuestras leyes subsiste aún la preferencia paterna, a pesar de las -- críticas, cada vez más numerosas, por los perjuicios que a la mujer produce en uno de los puntos más importantes para la madre: el cuidado de los hijos.

Este mismo criterio se sigue aparentemente en su párrafo segundo para el caso de los hijos naturales; y con frecuencia se escucha aconsejar, por los abogados a las madres solteras, que no les conviene que el padre reconozca al hijo, porque por la aplicación del artículo 154 pueden ser privadas de la patria potestad, o ser utilizada ese arma como coacción contra ellas, para inducir las a no reclamar posibles derechos o ayudas para ella y su hijo, ya que si así lo hacen, el padre reconocedor la privará de la compañía de su hijo, en ejercicio de su patria potestad.

La situación es tan injusta que la doctrina ha tratado de evitarla. Y así frente a los autores que mantienen la preferencia del padre son cada vez más los que acuden a otros criterios distintos de los del primer párrafo del artículo 154 para atribuir la patria potestad.

En el caso de que el reconocimiento sea conjunto o simultáneo no parece que puedan existir argumentos legales para defender que la patria potestad la ostente la mujer. Conforme al artículo 154 le corresponde al hombre. Es esta una discriminación grave e injusta para la mujer soltera, ya que aquí no existe familia, ni autoridad marital, ni unidad de vida, ni jefatura familiar que pueda, ni par-

cialmente, justificar esa preferencia. La preferencia se basa pura y exclusivamente en el sexo, y no en una garantía de mejor cuidado o atención, ni en superiores derechos.

Sin embargo ésta es la posición de CASTÁN TOBE-
NAS⁽¹³⁹⁾ y de CASTÁN VÁZQUEZ⁽¹⁴⁰⁾, y también la solución del
Código francés, modificado por la ley de 2 de Julio de-
1.907⁽¹⁴¹⁾.

Este criterio creemos, a pesar de reconocer que es la solución prácticamente adoptada, que no puede ser seguido en la actualidad. Los principios fundamentales de nuestro Derecho que imponen la equiparación del hombre y la mujer solteros, reconocidos en todas nuestras leyes fundamentales, impiden establecer esa discriminación por vía interpretativa de un precepto como el artículo 154 que no responde ya a las actuales orientaciones de la doctrina y del Derecho, ni a los sentimientos de la sociedad a la que se aplica. En los casos en que hay un precepto que establece expresamente una discriminación para la mujer, a pesar de esas normas fundamentales, hemos sido respetuosos con esos preceptos. Pero extender las diferencias entre hombre y mujer, contra esos principios, por interpretación analógica de preceptos que deben ser objeto de interpretación restrictiva, nos parece un error.

Dado que no existe familia ni jefatura familiar, debería ser la autoridad judicial, por analogía de lo dispuesto en el artículo 133, segundo, el que determine cuál de los padres debe quedarse con la guarda del menor y a quién corresponde la patria potestad, utilizando los recur

esos que el artículo 166 le proporciona. Y para tomar esa -
decisión deberán tener en cuenta naturalmente en primer lu-
gar los intereses del niño, cuál de los padres ofrece mayo-
res garantías, y lógicamente la edad y necesidades del ni-
ño, pudiendo utilizar por analogía las normas que para el-
caso de separación establece, especialmente los artículos-
70 y 73 del Código civil reformados por la ley de 1.958 ⁽¹⁴²⁾.

En el caso de que los dos reconocimientos sean -
sucesivos, la doctrina es unánime en afirmar que si el pa-
dre es el primero que reconoció a él le corresponde la pa-
tria potestad definitivamente ⁽¹⁴³⁾. En cambio, si es la ma-
dre la que reconoció primero, buena parte de la doctrina -
ha defendido que si el padre reconoce después, pasa a él -
la patria potestad.

En este sentido NAVARRO AMANDI ⁽¹⁴⁴⁾, SÁNCHEZ RO-
MÁN ⁽¹⁴⁵⁾, DE BUEN ⁽¹⁴⁶⁾, PUIG PEÑA ⁽¹⁴⁷⁾ y ALBALADEJO ⁽¹⁴⁸⁾. -

Sin embargo, todos lo admiten con ciertas reservas. NAVA-
RRO AMANDI dice que el texto legal no parece escrito para-
amparar los derechos de la madre que la razón, la lógica y
tal vez los Tribunales encontrarán muchas veces preferen-
tes. S. ROMÁN encuentra bastantes razones para dar la pre-
ferencia a la madre, como la falta de espontaneidad del re-
conocimiento tardío del padre, lo perturbador que para la-
educación y cuidado del hijo puede ser un cambio de ambien-
te, etc., pero a pesar de todo le vence su interpretación-
del artículo 154. En cambio ALBALADEJO lleva la pérdida de
la relación del hijo con la madre a sus últimos extremos.-
Según él no solo la madre pierde la patria potestad, sino-

el usufructo legal de los bienes, y hasta si el padre es - de nacionalidad distinta, pierde también el hijo la de la madre.

En cambio defendieron la tesis de que la mujer - conservaba la patria potestad a pesar del posterior recono-
cimiento del padre, DE DIEGO⁽¹⁴⁹⁾, VALVERDE⁽¹⁵⁰⁾ y M. SCAE-
VOLA⁽¹⁵¹⁾ entre los clásicos, y la mantienen entre los auto-
res más recientes PUIG BRUTAU⁽¹⁵²⁾, CASTÁN VÁZQUEZ⁽¹⁵³⁾ y -
BORRACHERO⁽¹⁵⁴⁾.

VALVERDE cree que cuando haga la madre la prime-
ra el reconocimiento no hay razón alguna para que ésta de-
je de ejercerla porque el padre reconozca más tarde al hi-
jo, y que ningún texto legal debería imponer semejante so-
lución.

M. SCAEVOLA señala una serie de razones en favor
del mantenimiento de la potestad de la madre:

que tiene la misma capacidad antes y después de-
que el padre haya reconocido al hijo, sin que sufra restric-
ción alguna por tal hecho.

que puede ostentar la representación de su hijo,
por no tratarse de mujer casada sometida a la autoridad ma-
rital.

que como lo que atribuye la patria potestad so-
bre los hijos naturales es el reconocimiento, el que lo hi-
zo primero goza de preferencia para el ejercicio de esa fa-
cultad.

y que no hay ninguna razón legal para que se pri-
ve de la patria potestad a la madre que la ostenta, aunque

el padre reconozca al hijo.

PUIG BRUTAU cree, después de recoger las posiciones de los autores citados, que "debería ser mantenida la patria potestad adquirida por la madre natural que reconoció antes que el padre".

CASTÁN VÁZQUEZ cree que el mantenimiento de la patria potestad de la madre tiene a su favor razones jurídicas y morales de mucho peso. Y que la laguna que el Código tiene en este punto, ya que indudablemente no prevé de forma específica el supuesto, debe llenarse adoptando como regla general la de mantener la patria potestad de la madre que reconoció primero, y que solo en los casos excepcionales en que se demuestre que no es digna de ejercitar esa función, se la podrá privar de la misma por los medios generales de privación o suspensión de la patria potestad establecidos por el Código. No obstante esto, y dada la postura jurisprudencial, que luego veremos, cree que en trance de reforma del Código, debería declararse explícitamente que en los casos de reconocimientos sucesivos la patria potestad corresponde a quien primero reconoció al hijo.

BORRACHERO es entre todos los autores citados el que con más detalle ha abordado el tema. Para él, como hemos dicho, el Código no ha previsto el reconocimiento sucesivo, y en base al artículo 133, cree que el reconocimiento del menor de edad requiere la aprobación judicial en los casos que se haga en documento público ⁽¹⁵⁵⁾ y la aprobación o consentimiento del padre o madre, en el caso de que

después se pretenda efectuar el reconocimiento por el segundo progenitor.

Su argumento es, que si el reconocimiento del mayor de edad exige su consentimiento, y si en el caso del menor de edad se exige una garantía, como es la aprobación judicial, es porque no hay nadie que le proteja o represente, porque el Código no ha previsto el reconocimiento sucesivo. Si hubiera alguien que representara al menor debería ser ése y no el procedimiento supletorio de la aprobación judicial lo que se utilizara. Y basado en esas razones entiende que es necesario el consentimiento del padre o madre que estuviese ejerciendo la patria potestad para que pueda hacerse el segundo reconocimiento.

Naturalmente si esta tesis de BORRACHERO prevaleciera, disminuiría mucho el problema de los reconocimientos sucesivos, y de la posible privación a la madre de la patria potestad que ostentaba. Pero dicha tesis no es seguida por casi ningún autor, y tiene evidentes dificultades: impedir el reconocimiento del hijo por el segundo progenitor, mediante el veto del primero, no parece justo ni defendible. No es justo desde el punto de vista del padre que desea que conste su relación con su hijo, ni desde el punto de vista del hijo al que una, quizá bienintencionada pero equivocada decisión de su madre, puede privarle de su relación legal y de muchos derechos respecto de su padre. Y no parece defendible con los textos legales en la mano porque una decisión tan grave no puede obtenerse por una más o menos acertada interpretación analógica o combinada-

de los artículos 133 y 155. Aparte de que este precepto habla de representarles en el ejercicio de las acciones que puedan redundar en su provecho, lo que no es igual a representación absoluta y a todos los efectos.

Una solución intermedia como sería que prestara su consentimiento el primer padre que lo reconoció, y en caso de negativa poder suplir esa autorización por la del Juez, podría ser solución razonable y que tiene sus paralelos en nuestro Código, pero enormemente forzada si quisiéramos extraerla de los artículos del Código. Proponerla de lege ferenda sería razonable o posible, pero nada más se puede decir de ella.

Además, y aunque se pudiera seguir la tesis de BORRACHERO, el problema tampoco se resolvería, ya que entre los diversos métodos de reconocimiento solo el que se hace en documento público, o en cualquier tiempo ante el encargado del Registro Civil, requieren aprobación judicial. Y que en cambio no lo requieren el que se hace en acta de nacimiento o en testamento.

Y como por este último sistema se puede hacer en cualquier momento el reconocimiento del menor, y surte efectos desde ese momento sin necesidad de esperar a la muerte del testador ⁽¹⁵⁶⁾, bastaría acudir a este medio para dejar sin efecto ese requisito de la aprobación del primero que hizo el reconocimiento.

Exigir además esa aprobación para resolver el problema del conflicto de patrias potestades, sería subordinar lo principal o la causa: el reconocimiento, a la con

secuencia: la atribución de la patria potestad. El reconocimiento sucesivo debe poder hacerse como lo ha entendido siempre la doctrina y el Tribunal Supremo, y lo que hay — que resolver de la manera más razonable posible es la atribución de la patria potestad, pero no impedir aquél para evitar que se plantee este problema.

Lo que sí es muy de tener en cuenta del estudio de BORRACHERO son las razones que da a favor del mantenimiento de la patria potestad de la madre que reconoció primero. Son éstas:

a/. El contexto literal del art. 154, párrafo segundo, que se produce de forma diversa que el primero. Si se trata de hijos legítimos tiene la patria potestad el padre y en su defecto la madre, y en cambio si se trata de hijos naturales están bajo la potestad del padre o madre que los reconoce. Esta disyuntiva, en vez de la subsidiariedad impuesta por el párrafo primero, indica que no se quiso dar para los hijos naturales la misma solución que para los legítimos, ya que los términos empleados son diferentes; de haber querido establecer la preferencia del varón sobre la hembra lo hubiera dicho, como lo dice tratándose de los hijos legítimos.

b/. La razón de ser de preferir al padre sobre la madre falta en el caso de los hijos naturales. Según el autor la preferencia que al padre se le otorga sobre la madre para el ejercicio de los derecho y deberes derivados de la patria potestad se basa cuando se trata de hijos legítimos en la idea de jefatura familiar, idea que no se da

en el caso de hijos naturales.

En la familia legítima el lazo de filiación liga al hijo con el padre y la madre como una unidad, ya que -- existe familia, su jefe es el padre, y la madre participa durante la vida del padre, en cierta medida, de los derechos y obligaciones de la patria potestad. En cambio, en el caso de hijos naturales, son dos los vínculos existentes, iguales en su contenido jurídico y económico, y falta la idea de jefatura familiar porque no existe familia.

Y por tanto si el fundamento y las circunstancias de ambos casos son diferentes, no cabe trasladar por analogía la solución dada para un caso: hijos legítimos, - al otro: hijos naturales.

c/. Además el Código señala de forma expresa los casos en que pierde la patria potestad, y no cabe admitir, dada la gravedad de la medida, nuevas causas distintas de las establecidas por el Código.

No cabe suponer que el legislador dió por resuelta esta situación con el art. 154, 1^º. Lo mismo que previó la pérdida por adopción posterior, debería haber previsto el reconocimiento posterior. Y si no lo hizo, cualquiera - que fuere la causa, no puede admitirse esa nueva causa de pérdida.

Del examen de esta doctrina se puede ya extraer una conclusión: la opinión vulgar, muy extendida en la -- práctica jurídica, pero poco meditada de que el padre natural es siempre preferido a la madre natural, no es la más seguida por nuestra mejor doctrina. Es más, se puede afir-

mar que la posición más reciente defiende, en general, la preferencia del primer reconocedor sobre el segundo, independientemente del sexo.

Esta solución es también la preferida en el Derecho comparado.

El Derecho francés, en el artículo 383 del Código, reformado por ley de 2 de Julio de 1.907, dice:

"La patria potestad sobre los hijos naturales legalmente reconocidos se ejerce por aquel de su padre o madre que les haya reconocido el primero; en caso de reconocimiento simultáneo por el padre y la madre, solo el padre ejerce la autoridad correspondiente a la patria potestad; en caso de premoriencia de aquel de los padres al que pertenece la patria potestad, el sobreviviente adquiere ésta de pleno derecho.

El Tribunal puede, sin embargo, si el interés -- del niño lo exige, confiar la patria potestad a aquel de los padres a quien no le corresponde según la ley.

Bajo estas reservas y salvo lo que se dirá en el artículo 389 sobre la administración de los bienes, la patria potestad sobre los hijos naturales se regula como lo que se refiere a los hijos legítimos."

Y CASTÁN VÁZQUEZ cita una Sentencia del Tribunal de Nancy de 13 de Diciembre de 1.948 en la que se afirma -- que "el reconocimiento posterior del padre no priva de la patria potestad a la madre. Y con mayor razón si la investigación de la paternidad ha sido hecha y la filiación establecida por vía judicial. La ley, muy sabiamente, ha que

rido reservar la patria potestad a aquel de los padres que ha reconocido primero al hijo y ha manifestado con ello el interés que le merecía".

En Derecho argentino la jurisprudencia admite como principio general que, cuando el hijo es reconocido por ambos padres, el Juez tiene amplias facultades para acordar la patria potestad a aquel de los padres que ofrezca -- mayores garantías de moral, buena educación y bienestar -- económico para el menor.

En Derecho alemán, el artículo 1.726 del B.G.B. -- exige, entre los requisitos necesarios para la "declaración de legitimidad" por el Estado de hijos naturales, el consentimiento de la madre, para evitarle el perjuicio de que sea sometido su hijo a la guarda y educación de un padre que no ha demostrado a tiempo su amor hacia el niño y su sentimiento del deber.

Y la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas, en su 24 Período de Sesiones, el último hasta ahora, celebrado en 1.972, acordó recomendar a los Estados Miembros los siguientes principios generales para eliminar toda discriminación en lo jurídico y social contra la madre no casada y su hijo:

"a) La filiación materna se reconocerá legalmente en todos los casos, de forma automática, como consecuencia del hecho del nacimiento;

b) Sea cual sea el sistema jurídico que se aplique en el caso de progenitores casados, la madre no casada, independientemente de que se determine o no la filia --

ción paterna, tendrá en todos los casos, como progenitor, todos los derechos y deberes que establece la ley, en especial:

i) Si solamente se determina la filiación materna, el apellido de la madre deberá transmitirse a su hijo, de ser posible, de modo que no revele el hecho de que el hijo ha nacido fuera del matrimonio;

ii) Si solamente se determina la filiación materna, la nacionalidad de la madre no casada se transmitirá a su hijo como consecuencia del hecho del nacimiento. Si se determinan a la vez la filiación materna y la paterna, la nacionalidad del hijo se regirá por las mismas normas que se aplican en el caso de los hijos nacidos de matrimonio;

iii) Deberá conferirse legalmente a la madre no casada la plena patria potestad sobre su hijo, en todos los casos, como consecuencia automática del hecho del nacimiento. Las autoridades no someterán a una familia compuesta por una madre no casada y su hijo a ningún control o supervisión especiales distintos de los que se apliquen a otras familias;

iv) Los derechos y las obligaciones de prestar alimentos entre la madre no casada y su hijo deberán ser los mismos que existen entre un único progenitor y un hijo nacido de matrimonio. Cuando se determinen a la vez la filiación paterna y la materna, las obligaciones de los progenitores de prestar alimentos a su hijo serán las mismas que si el hijo hubiera nacido de matrimonio. Las autoridades competentes deberán prestar a la madre toda la asisten

cia adecuada para ayudarla a a) determinar la filiación paterna y b) obtener un acuerdo de observancia obligatoria - por parte del padre o una decisión de la autoridad o del tribunal competente para que el padre contribuya a prestar alimentos al hijo. Si el padre no cumple su obligación de prestar alimentos al hijo o si no fuera posible la determinación legal de la filiación paterna, deberán poderse obtener subsidios de fuentes públicas para dar apoyo a la madre y al hijo según sus necesidades;

v) La descendencia de la madre no casada no deberá ser objeto de discriminación alguna en materia de derechos sucesorios;

vi) La madre no casada deberá disfrutar de todas las medidas de asistencia social y de seguridad social previstas para las madres en general y para el progenitor único en particular;

vii) La madre no casada no deberá ser objeto de discriminación en cuestiones de empleo, enseñanza y capacitación, ni en lo relativo al acceso a los servicios de - - asistencia a la infancia."

La Comisión no trata el tema específicamente, pero lo que es evidente es que pretende que no haya discriminación ninguna contra la madre no casada, y la habría si - se prefiriera al padre varón que reconoció después.

Lo que sucede en nuestro Derecho es que a pesar de todo lo dicho, la solución no es clara porque aunque la jurisprudencia anterior al Código era favorable a la madre, existe una Sentencia del Tribunal Supremo que parece prefe

rir al padre. Es la de 16 de Junio de 1.900, que afirmó en uno de sus Considerandos que "cualquiera que sea el derecho que pueda tener en su caso la madre natural para exigir del padre el cumplimiento de las obligaciones que la ley le impone respecto de los hijos de ambos, la Audiencia de esta corte no ha cometido la infracción que se la atribuye en el primer motivo del recurso, del párrafo 2º del art. 154 del Código civil en el único sentido en que se alega, ni en relación con él la del 155, porque tales textos legales no autorizan para entender que solo por el reconocimiento voluntario del hijo se adquiriera sobre éste el derecho de patria potestad, siendo, por el contrario, claro que dicho reconocimiento, aun impuesto por una sentencia judicial, produce todos los efectos legales, entre ellos el de atribuir la patria potestad al padre o a la madre, o sea por este orden marcado en el referido artículo".

La Sentencia ha sido examinada por BORRECHERO y PUIG BRUTAU, que ponen de relieve, como tantas veces, que no es lo mismo leer ese Considerando aislado que estudiar la Sentencia entera con todas las circunstancias que concurrían en ella, y que si bien la Sentencia aquella era justa no es base suficiente para generalizar una frase que, sacada de su contexto, tiene otro valor, y estimar que esa sea la interpretación usual del precepto.

Cualquiera que sea el valor de estos argumentos, en cuya discusión no queremos terciar, lo que sí parece evidente es que nuestra legislación actual no es definitivamente clara en este punto, lo que origina graves daños.-

Veámoslos.

La madre soltera que reconoció a su hijo natural, se puede ver amenazada por un reconocimiento tardío de un varón, y aunque no es seguro que eso signifique la pérdida de su patria potestad, se encuentra ante una posible situación litigiosa en un punto delicadísimo, y con una Sentencia del T.S. más bien en contra suya.

Por tanto a ella no le conviene que a su hijo le reconozca el padre si quiere mantener en paz su relación y cuidado respecto del niño. Eso explica el consejo frecuente de los abogados que recomiendan a la madre que no pida ni promueva el reconocimiento por el padre.

Esto es un grave perjuicio para el niño, que es la persona a quien se debe defender más, desde todos los puntos de vista, sociales, morales, jurídicos, económicos y religiosos. Corre el riesgo de verse privado de padre -- por una defectuosa regulación legal.

Dado el carácter dudoso de la resolución judicial, si se discutiera quién ha de tener al niño consigo y quién ejerce la patria potestad, se produce una fácil coacción sobre las madres. El padre que reconoce después, a -- cambio de no quitar el hijo a la madre, obtiene con facilidad concesiones de ella. Concesiones casi siempre de contenido económico: se libera, en una palabra, de cumplir sus obligaciones respecto de su hijo reconocido. Tiene así una posición, de hecho, de privilegio; puede asegurar su relación respecto del hijo, hacer que la madre le cuide y atienda a sus necesidades, no pasar ninguna ayuda económica, y-

conservar todos sus derechos, incluso hereditarios, respecto de su hijo sin cumplir ninguna de sus obligaciones, contrariando así no solo las recomendaciones de las Naciones Unidas que acabamos de citar, sino el común sentir de cuál debe ser su actitud para su hijo, que es lo que en el fondo se recoge en esas recomendaciones.

Con todo ello se agrava aún más la situación, -- normalmente ya nada fácil, de la madre soltera y su hijo.

A todo esto debemos añadir otros dos riesgos evidentes: que la intención del padre que reconoce tardíamente no sea desinteresada, y que el reconocedor no sea además padre del niño.

Lo primero no es una hipótesis extraña. Puede que el reconocimiento tardío, que puede hacerse sin necesidad de autorización de nadie, hasta veinte años después del nacimiento, sea fruto de una obligación de conciencia, de un arrepentimiento, de cualquier otro sentimiento noble. Pero no cabe duda que un padre que deja de reconocer al que -- cree su hijo, durante cinco, diez o más años, deja mucho -- que desear como tal padre, y parece que sus deseos de cumplir sus obligaciones y atender a su hijo no son muy serios, ni sus derechos muy dignos de protección.

Que el reconocimiento se haga por tanto en interés propio, más que en interés del hijo, no es por tanto -- un supuesto fantástico. Existe incluso un caso recogido en una S.T.S. de 22 de Marzo de 1.928. Se trataba del reconocimiento de un hijo premuerto ⁽¹⁵⁷⁾ que había fallecido sin descendientes y el Tribunal negó validez al reconocimiento

porque estimó probado que al padre no le impulsó otro móvil que el de adquirir la herencia del hijo que intentaba reconocer.

Muchos más ejemplos podemos presentar en esta situación sin necesidad de llegar al extremo del hijo pre -- muerto. Incluso en este caso existe una salida para que el Tribunal rechace el reconocimiento. Pero ¿hubiera podido -- hacer lo mismo en el caso de un hijo vivo?. ¿Es preciso el ánimo de beneficiar al hijo para que el reconocimiento sea válido?. Probablemente no.

(158)

ALBALADEJO entiende que el Código no exige -- que el contenido del reconocimiento sea una declaración de querer sino una simple afirmación de paternidad; que la voluntad (o intención) del reconocedor es irrelevante como -- fundamento de los efectos del reconocimiento; y que lo que no se puede es hacer el reconocimiento por una contraprestación, y dice textualmente: "Lo mismo si a cambio de una suma de dinero se reconoce a quien no es hijo, como si se exige la suma para reconocer a un hijo, habrá que juzgar -- de la validez del reconocimiento independientemente de la contraprestación, que se tendrá por no concertada".

Por tanto puede darse el caso de un padre que reconozca a su hijo enfermo grave, con el ánimo de heredar -- le; el del padre que reconoce a su hijo de 10 años que acaba de heredar a su madre, que le reconoció, para administrar y usufructuar todos sus bienes al adquirir la patria -- potestad; que reconoce a su hijo que ha heredado a un pariente materno, para adquirir esa misma administración y --

usufructo haciéndose cargo de la patria potestad, aunque - la madre viva; que reconoce a su hija menor que va a casar se con un hombre de magnífica posición económica o con influencias, o poderes o relaciones que interesan al reconocedor, ya que entonces es él el que debe dar la licencia - conforme al artículo 47 del Código civil, y esto aunque no adquiriera la patria potestad; que reconoce a su hijo para - que éste tenga su nacionalidad y no la de la madre en el - caso de que sean distintas; y los ejemplos se podrían multiplicar.

Contra muchas de estas situaciones ni la madre, - ni siquiera los Tribunales, pueden hacer nada, ya que el - reconocimiento no exige, como sabemos, aprobación judicial en muchos casos. Aumentar los inconvenientes, atribuyendo - indiscriminadamente la patria potestad al padre que reconoce después, no parece una solución sensata ni justa.

La segunda hipótesis tampoco es una pura imaginación. En el caso de la madre es muy raro que la que reconoce no sea la verdadera; además está penado tal hecho, no - en todos los supuestos, pero sí en el de suposición de parto.

En cambio en el caso del padre la posibilidad es muy clara. La paternidad nunca es segura. Las pruebas negativas son posibles, pero las positivas o absolutas no lo - son. Puede darse el reconocimiento falso de buena y mala - fe.

De buena fe cuando el padre cree que aquel niño - es fruto de sus relaciones con la madre, y no es así por -

haber tenido relaciones con otros hombres en la misma época.

De mala fe cuando el varón que reconoce, o no ha tenido nunca relaciones con la madre, o habiéndolas tenido sabe que el hijo no es suyo.

E incluso hay un caso intermedio que si bien no se podría decir que es totalmente de mala fe, en cuanto ésta significa conocimiento, no lo es en el sentido más vulgar de mala intención: es el caso del varón que reconoce un niño que sabe que no es hijo suyo para darle un status y que tenga unos derechos y una familia.

De esta última situación todos los juristas, y muchos que no lo son, conocemos muchísimos casos. Es muy frecuente que una mujer soltera que tiene un hijo natural no reconocido por varón, se case con un hombre que no es el padre de su hijo, y más frecuente aún que la madre, y aun el marido, deseen reconocer a ese niño como natural de él, con lo que adquiere la condición de legitimado por sub siguiente matrimonio, equivalente a legítimo. Casi siempre la intención que les mueve es buena: equiparar ese niño a los demás que tengan, borrar la posible deshonra de la mujer, dar una familia en condiciones de igualdad a ese niño. Muchas veces esta ilegalidad produce muy buenos resultados, pero qué duda cabe que el sistema tiene riesgos, y a veces llega a tener graves consecuencias para los hijos del matrimonio legítimo, y aún para los reconocedores, en caso de herencias, de impugnación por terceros con derecho a hacerlo, de separaciones o nulidades de matrimonio.

De las dos anteriores situaciones se dan también casos en que el reconocimiento se hace por error, o claramente para obtener un fin torcido. Estos son sin duda los casos más graves; puede un varón libremente reconocer a un hijo de madre soltera para todos los fines egoístas que antes vimos en el padre verdadero, pero con la agravante de que no sea hijo suyo. Para heredar al niño, para hacerse con la administración de sus bienes, para interferirse en su matrimonio, para sencillamente hacer chantaje a la madre.

Naturalmente que estos reconocimientos pueden -- ser impugnados por la madre (art. 138 C.v.) o por el hijo (art. 133 C.c.), pero el riesgo a que está sujeta la madre soltera es excesivo. Obligarla a que encima de su desamparo inicial, y de su sacrificio por su hijo, tenga que iniciar un procedimiento judicial para defender su patria potestad, no cabe duda que no es una posición envidiable. Si quedara claro que la patria potestad no la perdía la madre por el reconocimiento posterior del padre, las tentaciones de que ese falso reconocimiento se diera serían menores.

Así y todo no desaparecerían, pues alguno de los casos citados se podrían seguir dando: herencias, matrimonios. Pero quizá la solución de exigir la intervención judicial en todo reconocimiento de hijo natural tuviera inconvenientes al dificultar los reconocimientos verdaderos. En todo caso es un tema a tener en cuenta por el legislador, y que desborda los límites de este trabajo.

Que estos problemas son reales, y el sistema le-

gal defectuoso, por demasiado liberal para los hombres, -- tanto para reconocer como para no hacerlo, nos lo demuestra que, también, ha llegado algún caso al Tribunal Supremo. La Sentencia de 27 de Junio de 1.950 se encontró con dos reconocimientos de paternidad de un mismo hijo, uno hecho en acta de nacimiento, y otro en testamento posterior-
(159)-(160)
por otra persona .

Si a las razones que hemos visto señala la doctrina, añadimos las que se deducen de los riesgos de las situaciones que acabamos de exponer, parece evidente que la protección proporcionada en este campo a la madre soltera y a su hijo, por nuestro Código civil no es suficiente; que la regulación es discriminatoria para la mujer, peligrosa para ella y su hijo, y totalmente contraria a las orientaciones del Derecho comparado y a las recomendaciones de la experiencia y de los organismos internacionales; excesivamente benigna y liberal para el padre tanto en la investigación de la paternidad como en los efectos que para él tiene el reconocimiento, y en cambio excesivamente oscura y poco respetuosa con los derechos de la mujer soltera que tiene un hijo.

C. HIJOS RECONOCIDOS POR SU MADRE SOLTERA QUE CONTRAE POSTERIOR MATRIMONIO.

El tercer caso que se puede dar es que la mujer que tiene un hijo natural reconocido contraiga matrimonio. Como decíamos, pueden producirse dos situaciones muy diversas.

Una primera, que el marido reconozca antes o después del matrimonio al niño como suyo. En este caso ese niño pasa a ser legitimado por subsiguiente matrimonio y se equipara a los legítimos (art. 121 y 122 del Código civil). Desde ese mismo momento no hay ninguna especialidad; el hijo es como si fuera legítimo, y por tanto la patria potestad y todas las demás relaciones entre el niño y sus reconocedores son las típicas de la familia legítima. Desde el punto de vista de la madre soltera no se puede decir que haya un trato discriminatorio; ha sido una situación realizada con su acuerdo, ya que si no, no existiría matrimonio, y no se daría el supuesto en el que nos encontramos. El problema en realidad se subsume dentro del general de la mujer casada y su posible discriminación, en cuanto a la patria potestad por ejemplo, respecto de su marido, y debe ser tratado al estudiar la condición de ella y no de la soltera.

Lo único digno de tener en cuenta aquí, es que, como hemos apuntado, puede haber dos variantes: que el reconocedor sea de verdad el padre del niño, en cuyo caso no hay nada que añadir; y que el que lo reconoce no lo sea y haga ese reconocimiento por las razones que indicamos antes, o por otras, en cuyo caso pueden producirse impugnaciones que reconduzcan este caso, si las impugnaciones triunfan, al de mujer casada que tenía un hijo natural reconocido que estudiamos a continuación.

En esta segunda situación, la mujer que de soltera reconoció a su hijo no debe perder ningún derecho sobre

él por consecuencia del matrimonio posterior. Esta es la postura de CASTÁN VÁZQUEZ⁽¹⁶¹⁾, quien entiende que la madre debe seguir ejerciendo la patria potestad, y nos parece suficiente la norma del párrafo segundo del art. 63 C. civil que dice que la mujer casada, sin licencia de su marido, puede "ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiese tenido de otro, y respecto a los bienes de los mismos".

Tanto la equiparación que hace de los hijos naturales con los legítimos, como la forma de expresarse el precepto que habla de derechos y deberes respecto de los hijos y de sus bienes, nos parece suficientemente comprensiva y clara para entender que, en este punto, el matrimonio de la mujer no afecta su capacidad, en cuanto se refiere a sus hijos naturales reconocidos y al ejercicio de la patria potestad sobre ellos.

D. HIJOS RECONOCIDOS POR SU MADRE DESPUÉS DE CONTRAER MATRIMONIO.

Por último, y aunque pertenezca más al tema de la mujer casada que al de la soltera, para examinar todas las posibilidades, vamos a considerar brevemente el caso de la mujer que de soltera tiene un hijo natural y lo reconoce después de contraer matrimonio.

CASTÁN TOBEÑAS⁽¹⁶²⁾ entiende que ningún precepto del Código impide que la mujer pueda reconocer hijos naturales tenidos antes del matrimonio durante éste, aun sin -

necesidad de autorización marital.

(163)
ALBALADEJO cree que no es precisa la autorización marital y apoya tal afirmación en: 1º la tendencia general a restringir en lo posible la incapacidad de la mujer casada; 2º el art. 125, 4º que exige la autorización -- del otro cónyuge para legitimar hijos por concesión, y el no existir una norma semejante para reconocerlos; 3º el -- art. 63, 1º que dice que la mujer puede hacer testamento -- sin licencia de su marido, y el reconocimiento puede hacerse en testamento. Y en cambio no le parece un argumento -- más el artículo 63, ya que éste se refiere a los hijos ya reconocidos, y al ejercicio de derechos y deberes que son contenido de un estado.

(164)
Aunque no falta algún autor como BORRELL que cree que la licencia es precisa para evitar que, contra la voluntad del marido, se introduzcan en la familia hijos cuya existencia ignoraba al casarse, es ésta una opinión aislada, y podemos sentar como afirmación general que nos encontramos ante un caso en el que la mujer casada puede actuar sin licencia.

A estos dos casos, tanto a éste como al anterior, debe ser aplicable el artículo 168 C.c., que dice:

"Las ulteriores nupcias del padre o de la madre no afectarán a la patria potestad; pero el Juez podrá conceder la emancipación de los hijos mayores de dieciocho -- años, si lo pidieren, previa audiencia del padre o madre.

Lo dispuesto en el párrafo anterior es también -- aplicable en el caso de hijos naturales reconocidos cuando

el padre o la madre contraigan nupcias."

En rigor, la letra del precepto solo se refiere al caso de que existan hijos reconocidos y después el padre o la madre contraigan nupcias; se produce una situación semejante a la de los hijos legítimos cuando el padre pasa a segundas nupcias que es el caso previsto en el párrafo primero. Pero es indiscutible que en el caso de que el reconocimiento se haga durante las nupcias, es decir -- después de casado el padre o madre, la razón que existe para aplicar la norma, es decir para que los hijos mayores -- de dieciocho años puedan ser emancipados por el Juez es la misma: la posibilidad de que los hijos ya capaces naturalmente de ser asimilados a los mayores no sean mantenidos a la fuerza en una familia que puede no gustarles.

E. HIJOS NATURALES O LEGÍTIMOS DE LA MUJER -- VIUDA.

Respecto de la mujer viuda, solo hay un caso que vale la pena examinar específicamente, ya que los otros -- dos, mutatis mutandis, se pueden resolver por las normas -- estudiadas para la mujer soltera. El caso a considerar es el de su relación con los hijos legítimos, mientras sean -- menores de edad.

Afortunadamente han desaparecido en nuestro Código las antiguas limitaciones que tuvo la madre respecto de sus hijos menores en el caso de quedar viuda. Las soluciones de viejas civilizaciones de tener que constituir tutela a los hijos, por no ser la mujer nunca plenamente capaz, no corresponden a la plena capacidad que a la mujer, salvo

en caso de matrimonio, se dice que se la reconoce.

El artículo 199 somete solo a tutela a los que no son capaces de gobernarse por sí mismos y no están sujetos a la patria potestad, y como según el artículo 154 C.civil la madre, en defecto del padre, tiene la potestad sobre sus hijos no emancipados, no hay posibilidad de constituir tutela mientras viva la madre, salvo en los casos de pérdida o suspensión de la patria potestad de los artículos 169, 170 y 171 C.c., que además tratan de forma semejante a la mujer y al varón.

El trato de la patria potestad del viudo o viuda es absolutamente igual. Sus facultades, derechos y deberes son exactamente los mismos y por ello no es preciso detenerse en su examen.

En el caso de que el viudo o viuda contrajere segundas nupcias, toda norma discriminatoria o en detrimento de la patria potestad o de su posición respecto de los hijos, ha desaparecido también. La reforma del art. 168 hecha por la ley de 1.958 ha tratado de forma idéntica las segundas nupcias del padre o de la madre, y la única peculiaridad que ha dejado: la posibilidad de que los hijos -- del primer matrimonio pidan al Juez la emancipación, ya hemos visto que tiene una justificación lógica.

No es muy extraño que en los testamentos los testadores, él o ella, impongan limitaciones a su cónyuge si contrae segundas nupcias, unas veces disminuyendo por ello sus derechos hereditarios, y otras limitando los derechos sobre los bienes de los hijos comunes dentro de los límites

legales. Pero estas limitaciones ni tienen nada que ver -- con la ley, ni se puede decir que signifiquen diferencia -- de trato entre hombres y mujeres, ya que están basadas las más de las veces en la peculiar forma de ser del testador -- o su cónyuge.

Podemos pues concluir que en este punto no hay -- diferencia de trato entre el régimen de la viuda o del viu -- do.

F. HIJOS ADOPTIVOS DE LA MUJER SOLTERA O VIU- DA.

Tratándose de adopción en la que una mujer solte -- ra o viuda sea adoptante, conviene examinar algunos puntos.

La mujer soltera o viuda puede hacer adopción -- simple, o adopción plena, conforme al artículo 178. Es in -- diferente que el adoptante sea hombre o mujer, y también -- lo es, con la regulación actual, que tenga hijos legítimos o naturales.

Además el hijo legítimo, legitimado o natural de uno de los cónyuges, es decir de matrimonio anterior o re -- conocido por él, puede ser adoptado por el otro cónyuge -- conforme al mismo artículo 178. En este caso hay una prefe -- rencia para el varón, pero determinada no por el sexo, si -- no por la idea típica de nuestro Código civil de preferen -- cia del marido para la jefatura familiar. En efecto el ar -- tículo 176 en su párrafo tercero, dice que "Cuando uno de -- los cónyuges adopte al hijo legítimo, legitimado, natural -- reconocido o adoptivo del otro consorte, la patria potes --

tad se atribuirá a ambos por el orden establecido en el artículo 154, párrafo primero".

También puede adoptar plenamente el padre o madre a su hijo natural reconocido (artículo 178). La norma es claramente bienintencionada y tiende por una vía indirecta a conseguir para el hijo natural reconocido el mismo tratamiento que para el legítimo. En ese sentido no merece más que elogios el precepto. Y para facilitar más este tipo de adopción, el art. 172 dice en su párrafo tercero que "Los propios hijos naturales reconocidos podrán ser adoptados aunque no concurren los requisitos de edad mencionados en el párrafo anterior". Es decir, dispensa en el adoptante de tener treinta años cumplidos y 16 más que el adoptado.

Sin embargo esta normativa puede originar algún problema. El padre o madre puede adoptar al hijo natural reconocido (art. 178) y nadie puede ser adoptado por más de una persona, fuera de la adopción por ambos cónyuges -- (art. 172, párrafo último).

Así pues, el hijo natural reconocido por la madre, que no adopta a su hijo, puede encontrarse con el caso de que un varón, sea su padre o no, le reconozca y le quiera adoptar después, con lo cual la madre perderá sin duda la patria potestad que pasa al adoptante conforme al artículo 176, 3ª.

Cierto es que este peligro se puede dar igual -- respecto del padre que ha reconocido al niño primero y ostenta la patria potestad, pero como ya hemos dicho el ries

go real, aunque sobre el papel sea idéntico, es mucho mayor para la madre que para el padre.

La gran ventaja en este caso de adopción, que -- disminuye este riesgo, aun cuando no le elimina, es que toda adopción requiere la aprobación del Juez competente, -- con intervención del Ministerio Fiscal (art. 173, 1ª) y que se requiere para que sea posible la adopción el consentimiento del padre o madre del adoptando menor de edad, y -- por tanto no deberá poder hacerse normalmente la adopción -- sin el consentimiento del otro padre ⁽¹⁶⁵⁾. Decimos normalmente porque sin embargo hay un caso en el que se puede -- prescindir de ese consentimiento: cuando no pudiere ser citado, o citado no concurriere, en cuyo caso "el Juez resolverá lo que considere más conveniente para el adoptando", -- quedándole al padre solo el recurso de pedir judicialmente que se declare extinguida la adopción, en los dos años siguientes cuando probare que el no intervenir en el expediente de adopción fue por causa no imputable a él (art. -- 177, 2ª).

Finalmente y como el artículo 173 exige para la adopción el consentimiento del adoptante y su cónyuge, tratando igual a hombre que a mujer, queremos aclarar cuál es la solución cuando el adoptando es hijo natural del adoptante.

En principio, por el régimen de privilegio que -- se concede a los hijos naturales podría pensarse que la madre o el padre podrían hacer ese acto sin consentimiento -- del cónyuge, supuesto que tampoco necesitan licencia para-

el reconocimiento.

Sin embargo la forma rotunda del apartado a/ del artículo 173, el mismo artículo 172 que dice que no pueden adoptar "uno de los cónyuges sin consentimiento del otro, - salvo el declarado inocente en virtud de ejecutoria de separación", sin establecer ninguna excepción, y sobre todo - que, aquí sí que el adoptado se introduce plenamente en la familia, hasta el extremo de ser equiparado en muchos aspectos a los hijos legítimos en el artículo 179, nos induce a opinar que no se puede prescindir, en caso de matrimonio, del consentimiento del cónyuge ni aun para adoptar al propio hijo natural reconocido.

5. RÉGIMEN DE LA AUSENCIA.-

En la regulación de esta institución, reformada por la ley de 8 de Septiembre de 1.939, existe un precepto, sin duda inspirado por los principios que regulaban la tutela, y la administración de los bienes de los incapaces - en el Código, que establece una clara discriminación por razón del sexo. La reforma de 1.958 no hizo más que retocarlo manteniendo prácticamente la desigualdad y aun acen- tuándola, al no eliminarla, a pesar de lo que decía su Exposición de Motivos.

El precepto, que está en discordancia con los -- principios generales expuestos de equiparación en Derecho - privado de los derechos del hombre y la mujer soltera es - el artículo 184.

Este precepto llama como representante del ausen

te en primer lugar a su cónyuge sin distinguir que el presente sea hombre o mujer; pero en defecto de cónyuge llama sucesivamente a los hijos, a los ascendientes y a los hermanos, y en los tres casos prefiere los varones a las hembras. Naturalmente el precepto no dice por qué, aunque no es difícil suponer las razones que movieron al legislador: el ejemplo del Código en otros casos, los antecedentes históricos, el sistema utilizado para la tutela, la mayor capacidad del varón, su posición preeminente en la familia y en la sociedad, su mayor conocimiento de la administración de los negocios. Criticar ahora al legislador de 1.938 no es nuestro propósito, más cuando algunas de estas posibles razones tienen o tenían bastante de cierto, y sobre todo era ineludible el tenerlas en cuenta al publicar aquella ley.

Sin embargo en 1.958 sí que debería haber sido modificado este precepto. Las razones a favor de la equiparación del hombre y la mujer en esa actividad de representar al ausente tampoco se necesitan repetir aquí. Serían las mismas esgrimidas cuando hablamos de la tutela, y sobre todo la consecuencia de aplicar el principio de igualdad establecido en las normas fundamentales tantas veces citadas.

Hasta tanto la reforma de este precepto no se haga, eliminando esa desigualdad, existe una posibilidad de que su aplicación sea menos injusta. El art. 184 concede al Juez una intervención que elimina el automatismo de su clasificación; el Juez puede por motivo grave apreciado --

por él cambiar el orden de llamamientos, y por tanto preferir a su juicio a la persona más idónea independientemente de su sexo.

No obstante, es de temer que los Jueces respeten mucho el orden establecido por el art. 184 porque su discrecionalidad no es absoluta, y aún más, su discrecionalidad parece que es para evitar que sea representante quien no lo deba ser, más que para elegir entre los que queden.

El Código dice que corresponde la representación a una serie de personas, por el orden que establece: primero, grado de parentesco; segundo, sexo; tercero, más edad, y solo si el Juez aprecia un motivo grave no se determinará así la representación. Es decir que no basta con que el Juez considere más apto al hijo que al cónyuge, o a la hija que al hijo, para que le pueda preferir como representante. No es la mejor condición del que es llamado después sino el motivo grave para que no lo sea el que es llamado antes, lo que puede hacer que el Juez cambie el orden de llamamientos.

Como esto es así, es razonable pensar que entre tanto existan varones del mismo grado, sean preferidos a las mujeres, salvo ese motivo grave. No bastará por tanto con que la hija sea mayor ni siquiera más idónea para ostentar la representación; si hay un hijo, aunque sea más joven y más incapaz, será él el representante por el importante detalle de haber nacido varón. Es, insistimos, una norma más de las que quedan en el Código contrariando las declaraciones fundamentales de nuestro Derecho de que no -

existirá discriminación en Derecho por razón exclusivamente del sexo.

6. LA DOTE OBLIGATORIA.-

Existen en nuestro Código civil otros preceptos que establecen una clara diferencia entre hombre y mujer - por razón del sexo. Pero éstos no son vejatorios para la - mujer sino beneficiosos para ella desde un punto de vista - económico. Nos referimos a los artículos 1.340, 41 y 42. - Regulan estos tres artículos la obligación que los padres - tienen de dotar a sus hijas legítimas cuando se casan.

El artículo 1.340 establece en qué casos pierden las hijas ese derecho a la dote obligatoria; el 1.341 de - termina cuál es la cuantía de esa dote y cómo se debe pro - ceder para determinarla; y el 1.342 señala las diversas -- formas de cumplir esa obligación, bien entregando bienes - en pleno dominio, bien abonándoles una renta anual.

¿Cuál es el criterio que merecen hoy estos pre - ceptos?. Su análisis se puede hacer desde distintos puntos de vista.

Desde uno práctico, podemos afirmar que es rarí -
simo el caso de constitución de dote obligatoria ⁽¹⁶⁶⁾ . Yo -
puedo afirmar no haber visto nunca constituirla, si bien -
naturalmente otros podrán afirmar haber visto alguna. Pero
lo que parece indudable es que es una institución caída en
desuso ⁽¹⁶⁷⁾ . Ni la he visto exigir por parte de las hijas -
ni la he visto cumplir o constituir voluntariamente por --
parte de los padres, ni aun siquiera en los casos en que -

con ocasión del matrimonio de una hija, aquéllos donan algún bien a la hija o la constituyen alguna pensión. Aun en estos casos, que sí se dan en la actualidad, de ayudar no solo a la hija, sino también al hijo al tiempo de casarse, es rarísimo que se atribuya específicamente a los bienes donados a las hijas el carácter de dotales. Y no olvidemos que en el Código civil la regla es que los bienes sean parafernales y la excepción es que sean dotales (168).

a) REFERENCIA HISTÓRICA.

Desde un punto de vista histórico cabe considerar a esta institución como una reliquia de otros tiempos- (169)

. La palabra dote es equívoca y ampara una serie de ideas.

En primer lugar el Derecho germánico conoció la dote del marido, y en cambio el Derecho romano llama dote a la aportación de bienes hecha por la mujer o por otra persona en consideración a ella, para ayudar a sostener las cargas del matrimonio, y sobre cuya masa de bienes adquiere amplios derechos el marido.

La diferencia entre ambas es evidente. La dote del marido es una reminiscencia del antiguo precio de la mujer, o sea un residuo de una costumbre de los pueblos germánicos que suponía la compra de la mujer por el marido, y el pago en consecuencia a la familia de la mujer. Con tal carácter, propio de pueblos primitivos, en que la mujer pasa a ser propiedad del marido, y es un elemento de trabajo y producción, todavía subsiste en pueblos y tribus

(170)
actuales, principalmente en el continente africano .

En cambio la dote de la mujer, típica del Derecho romano, es precisamente lo contrario. La dote es "una-aportación de la mujer, orientada hacia el sostenimiento de las cargas del matrimonio, de manera que la percepción de los frutos de esa masa de bienes por el marido, exonera a la mujer, en los regímenes de separación, en todo o en parte, del sostenimiento de las cargas matrimoniales en --proporción a sus bienes a que estaría obligada en otro caso" (171) .

¿Cómo y por qué nace este tipo de dote, que es sin duda la que ha llegado hasta nuestro Código civil?

En el Derecho romano nace como un medio de ayudar al matrimonio, pero sobre todo como consecuencia de --que el régimen matrimonial existente no era un régimen de-comunidad, sino de separación de bienes. Por razón de este régimen, la mujer debe contribuir con un patrimonio, o con las rentas o productos de él, a las cargas del matrimonio. Al casarse la mujer, o alguien en consideración a ella, --aporta un conjunto de bienes para soportar las cargas del-matrimonio (172)-(173) .

En segundo lugar, después de distinguir la dote del marido o germánica de la dote de la mujer o romana, y antes de seguir estudiando ésta, que es de la que deriva --la institución que subsiste en nuestro Código civil, es --preciso también distinguir otras dos acepciones de dote; --la dote como aportación, y la dote como sistema económico-del matrimonio.

El sistema dotal es una variante, o modalidad de los regímenes de separación, en el que en vez de tener cada uno de los cónyuges el dominio y la administración de sus bienes propios, con la obligación de colaborar en la proporción que se establezca a levantar las cargas del matrimonio, el marido conserva esa administración y dominio pleno de sus bienes propios, pero en cambio la mujer no lo mantiene, sino que tiene el dominio pero no la administración, que pertenece al marido, ni los productos que, o se hacen comunes, o se afectan plenamente al levantamiento de aquellas cargas; o ni siquiera conserva el dominio, que pasa al marido, sino solo el derecho a que se le restituya el valor de su aportación, al tiempo de extinguirse el matrimonio.

En cambio la dote, como dejamos dicho, es una pura aportación de bienes, que puede combinarse o coincidir no solo con un sistema de separación más o menos plena, sino con sistemas de comunidad, también más o menos absoluta.

Hechas estas precisiones, podemos afirmar que la dote obligatoria es una dote de la mujer de tipo romano, y que no supone necesariamente la existencia de un régimen de separación, sino que precisamente en Derecho común, -- nuestro Código civil la prevé en conjunción con un sistema de comunidad parcial como son los gananciales; y podemos seguir tratando de inquirir cuál es la razón de ser, según va evolucionando, de este tipo de dote.

En el Derecho romano es indudable que la dote -- era una institución normal y frecuente y en eso están de --

(174)
acuerdo todos los autores . Lo que se duda es en qué momento se convierte la dote en necesaria u obligatoria.

Sobre ello IACRUZ hace un resumen de posiciones de los romanistas que podemos dar aquí por reproducido, ya que no es nuestro objetivo adentrarnos en una investigación histórica (175) .

Pero a nuestros efectos nos interesa resaltar varios puntos que pueden explicar cuál fue la razón de ser de la dote obligatoria, y cómo esa razón de ser falta en el momento actual y en nuestro Derecho común.

En primer lugar, la mujer en el Derecho romano primitivo se hallaba bajo la patria potestad, no era si quiera persona sui iuris, y como consecuencia carecía absolutamente de todo patrimonio (176) . Al casarse dejaba su familia y pasaba a formar parte integrante de la familia del marido. La mujer era *Alieni iuris*, puesto que o es *filiae-familiae*, o se encuentra en la situación de *uxor in manu*, sometida a la potestad del marido. Y si se casa sin entrar bajo la manus del marido, continúa bajo la potestad del padre de familia. La absoluta ruptura con la familia de sangre, y la carencia de todo patrimonio y aportación, así como la no esperanza de obtenerlo por herencia, dificultaba las nupcias de las mujeres. Y por eso, como señala IACRUZ, las leyes *Iulia et Papia Poppea* destinadas a proteger la nupcialidad y la natalidad, impondrían la obligación de dotar como un medio de facilitar los matrimonios.

En segundo lugar la extensión de la costumbre de dotar a las hijas, que carecían de patrimonio, que normal-

mente no eran un elemento de trabajo, y que además se casaban en régimen de separación, determinaría una desigualdad, y consiguiente mayor dificultad de casarse para las que no estuvieren dotadas.

En tercer lugar, es dudoso que el Derecho clásico conociera la dote obligatoria. Aunque la opinión de los romanistas no es unánime, parece que solo en el Derecho -- justinianeo se convierte definitivamente de un deber moral y social en una obligación jurídica ⁽¹⁷⁷⁾.

Y por último, es opinión de BARTOLO y otros muchos autores, que la obligación legal de dotar a las hijas cesaba con el matrimonio. Es decir que una vez casadas no tenían derecho las hijas a exigir que se les constituyera dote. BALDO y muchos otros autores no opinaban así, y lo cierto es que en el Derecho posterior ésta es la opinión -- que prevalece, pero no deja de ser reveladora en cuanto a la "ratio legis" del precepto la opinión de BARTOLO, ya -- que se vé que la dote obligatoria se justifica como un medio de facilitar o ayudar a las nupcias de las hijas.

Este criterio va poco a poco a sustituir a la -- primera justificación de la dote de compensar la falta de un patrimonio de la mujer, y de que es una aportación de bienes dentro de un régimen matrimonial de separación. Es decir de una primera idea en que la dote tiene su razón de ser en la existencia de un régimen de separación, y en la consiguiente necesidad de una ayuda para levantar o sostener las cargas u obligaciones del matrimonio, se pasa en un régimen en que ya no hace falta esa ayuda porque los --

bienes que se ganan son comunes, y en el que ya la dote en su primitiva formulación técnica no tendría lugar, a mantener esa dote, sin duda por razones prácticas también de -- ayuda y colaboración, pero principalmente como medio de facilitar el matrimonio de las hijas, que no son un elemento de creación de riqueza, o en términos modernos, población-activa, al revés que los varones que sí lo son y no necesitan esa ayuda. Incluso podría pensarse en un mayor coste -- de la educación del varón sobre la hembra.

Las Partidas tomaron del Derecho romano la obligación de dotar y reconocen la dote obligatoria cuando dicen: "Establescidas pueden ser las dotes en maneras muchas: ca tales y a, que las establescen de su voluntad; assi como la mujer, que la puede dar por si misma a su marido, o otro qualquier que la de en esta manera en nome della. E -- otros y ha, que son tenudos de las dar por premia, maguer non quieran; assi como el padre quando caso su fija que -- tiene en su poder. Ca, quier aya ella algo de lo suyo, o -- de otra parte, o non, tenudo es el padre de la casar, e de la dotar. Otrosi el abuelo de parte de padre que ouiere su nieta en poder, tenudo es de la dotar quando la casare, maguer non quiera; si ella non ouiere de lo suyo, de que pueda dar la dote por si. Pero si ella ouiere de que la dar, -- non es tenudo el abuelo de la dotar, si non quisiere, de -- lo suyo; mas deuela dotar de lo della. Esso mismo seria -- del visabuelo que touiesse visnieta en su poder."

Es de sobra conocido el excesivo romanismo de -- las Partidas, y las dificultades que tuvo su aplicación --

práctica como consecuencia de la lejanía entre la realidad a la que se pretendían aplicar y los principios romanos -- que las inspiraron. En esta disposición se revela sin embargo la recepción más de la idea justiniana de contri -- buir al matrimonio de la hija que la clásica de aportación de bienes por el régimen de separación existente. Habla -- del "padre cuando casa fija que tiene en su poder", reminiscencia de la dote obligatoria unida a la patria potestad romana, ya que como dice PLANAS Y CASALS ⁽¹⁷⁹⁾, la obligación de dotar estaba en la patria potestad, y fue la influencia del cristianismo la que determinó la postura contraria, de dotar incluso a la emancipada, que ya se apreciaba en la legislación justiniana.

Y habla de que "tenudo es el padre de la casar y dotar", con lo que viene a reconocer el nuevo sentido de la dote obligatoria que es el ayudar al matrimonio de la hija. Esto en nuestro Derecho histórico es evidente ya.

PELLA y FORGAS decían que la dote se llamaba también "adjutorium maritandum" o auxilio para casarse, y LA -- LINDE ⁽¹⁸⁰⁾ dice que la dote, a diferencia de las donaciones, no responde a una mera generosidad o liberalidad, sino que tiene siempre un objetivo matrimonial. FONTANELLA señala -- como obligaciones del padre la de dotar y casar a la hija, e incluso se establece la obligación del padre de dotar a la hija aunque se case sin conocimiento o consentimiento -- del padre si la hija excede de 25 años, por considerarse -- el padre culpable de haber diferido tanto tiempo el matrimonio, y señala incluso el mismo autor, que la hija que pe

para con su cuerpo o eligiera vida torpe después de los 25 años no puede ser desheredada.

Esta última curiosa norma pone de relieve hasta qué extremo había llegado la dote a considerarse como un procedimiento de ayudar al matrimonio de las hijas y cómo estaba entre las obligaciones de los padres la de casar a las hijas, obligación que nunca existe para los hijos, y hasta qué punto estaba unida la obligación de dotar a la idea de facilitar el matrimonio de las mujeres.

Solo así, conociendo esta evolución y este nuevo sentido de la dote, se explica la concurrencia de la dote con un régimen de comunidad de bienes. Desde un punto de vista técnico, la dote no es adecuada en un régimen comunitario y en cambio tiene su perfecto encaje en un régimen de separación. Como dice LALINDE⁽¹⁸¹⁾ en un régimen comunitario, en el que se establece una comunidad de bienes o al menos una comunicación de ganancias verificadas con los bienes propios de ambos cónyuges, y entre ellos los de la mujer, la dote tiene una importancia jurídica secundaria, aun cuando pueda tenerla primordial económicamente en un matrimonio concreto. En cambio en un régimen de separación de bienes, en el que los bienes de la mujer no contribuyen al levantamiento de las cargas del matrimonio, la constitución de dote atenúa el régimen y sobre todo, lo modifica diferenciándose de las demás aportaciones, o mejor dicho de las donaciones, pues el papel de la dote se configura en forma muchísimo más compleja que aquéllas.

Y LACRUZ pone de relieve que son las Partidas --

las que introducen los conceptos de dote y parafernales romanos en el régimen de comunidad, "haciendo que coexistan-
instituciones que parecen opuestas, y que con esa coexistencia
efectivamente se desnaturalizan".

La concurrencia de los gananciales con la dote -
obligatoria se produce en nuestra opinión por dos órdenes-
de razones: por la constante combinación en nuestro Dere -
cho de elementos romanos y germánicos o consuetudinarios, -
y por la importancia social que la dote adquiere como me -
dio de ayudar o facilitar el matrimonio de las mujeres. La
importancia social en una cierta época de conseguir ese --
fin justifica el mantenimiento de la dote y de la dote - -
obligatoria. Cuando las circunstancias sociales cambian y-
el matrimonio de las mujeres no necesita esa ayuda, como -
consecuencia del cambio de costumbres, del distinto papel-
de la mujer dentro de la sociedad, de la mayor libertad de
la mujer para elegir trabajo, para dejar la casa paterna y
para casarse, y de la mayor equiparación del hombre y la -
mujer, la dote y la dote obligatoria caen prácticamente en
desuso, por la extraordinaria fuerza de las realidades, --
aunque las normas sigan en vigor. Eso es prácticamente lo-
que ha sucedido en toda España. Además en el matrimonio se
ha producido un enorme cambio. En la regulación del Dere -
cho matrimonial tenían gran importancia las normas que re-
gulaban las propiedades de los cónyuges. La riqueza estaba
en la propiedad, en los bienes de que se era titular. Hoy-
la riqueza está mucho más en las personas, en su capacidad
de trabajo. La evolución ha sido grande pero es cada día -

mayor y más rápida. A la hora de levantar las cargas del matrimonio había antes que pensar en el patrimonio, en lo que la mujer aportaba, en la dote; hoy y cada vez más en el futuro, en lo que hay que pensar es en la capacidad de producir renta, en la aptitud para allegar recursos de la mujer o del marido.

La concurrencia además de las normas de la dote y de la comunidad, produce, al combinarse esas instituciones, unos rechinamientos y unas dificultades que vamos a ver luego al examinar el encaje de las normas dotales dentro del régimen de gananciales, además de los que se producen, que también veremos, por la inadaptación de las razones históricas de esas normas a las circunstancias de la familia actual y de los demás preceptos.

b) DESUSO DE LA INSTITUCIÓN. DISTINTAS CIRCUNSTANCIAS SOCIALES Y ECONÓMICAS.

Todo ello produce, como decíamos, un desuso de esas normas, extensísimo en las regiones de Derecho común, pero incluso denunciado en las regiones de Derecho romano, donde como dicen FAUS y CONDOMINES⁽¹⁸²⁾ sobre todo en las ciudades la dote es algo insólito sustituyéndose por donaciones a los cónyuges, incluso de cuantías elevadas, que por la forma de hacerse desembocan en la generación de bienes parafernales⁽¹⁸³⁾.

En conclusión, históricamente esa aportación que acompañaba al matrimonio era como una confesión de la carga y el gasto que podía ser la mujer. En este sentido, la-

justificación de la dote obligatoria debió desaparecer hace mucho tiempo y es desde luego inadmisible hoy. Pensar -- que los padres se liberan de una carga al casar a una hija, y que en cambio pierden un elemento de producción cuando -- casan a un hijo, es un saber acuñado en proverbios y di -- chos, pero propio de una economía campesina y atrasada. -- Pensar que hay que "indemnizar" al que consiente en reci -- bir en su casa y alimentar a la hija, y más aún en un régi -- men de comunidad, es desde luego, además de falso, más -- ofensivo para la mujer que la mayoría de las normas discri -- minatorias que hasta ahora hemos examinado.

Desde un punto de vista social y económico, que -- es donde sin duda estuvo la justificación de la dote obli -- gatoria, las circunstancias han cambiado suficientemente -- como para propugnar la desaparición de esta normativa. A -- esta misma conclusión lleva en mi opinión la recta aplica -- ción de los principios extraídos de las normas básicas de -- nuestro ordenamiento. Si de verdad queremos aplicar el -- principio de igualdad hay que procurar que no existan dife -- rencias en favor del hombre ni de la mujer, que no estén -- estrictamente determinadas por la naturaleza. Y desde lue -- go ese anticipo a favor de la hija de sus derechos heredi --
(184) -- tarios carece, en el momento actual, de justificación. Hoy en que las hijas reciben la misma educación e instruc -- ción que los hijos, que les está permitido el acceso a to -- da clase de estudios y profesiones, que deben tener una re -- tribución semejante en el caso de realizar trabajos equipa -- rables, y que tienen también idénticos derechos heredita --

rios, no se entiende cuál puede ser la razón que les dé derecho a las mujeres, exclusivamente por su condición de mujer, a exigir una entrega anticipada de parte de su cuota-hereditaria en concepto de dote obligatoria ⁽¹⁸⁵⁾. Si la razón fué que a la mujer sin dote le era más difícil contraer matrimonio y por tanto era deber primordial de los padres-igualar a sus hijas con sus hijos, haciéndoles igualmente-asequible el matrimonio, esa razón ha desaparecido totalmente hoy y con ella debe desaparecer su consecuencia: la-institución de la dote obligatoria.

Por último, incluso desde un punto de vista técnico, los inconvenientes e imprecisiones del régimen legal de la dote obligatoria son importantes. Unos, como he apuntado, tienen su explicación en la inadaptación de las normas históricas a las realidades actuales; otros, en la temerosa regulación de esa institución que en buena parte la hace ineficaz; otros en la dificultad de encajar las normas de la dote con el sistema de gananciales. Del examen - que vamos a hacer a continuación podremos sacar un juicio- en cuanto a las ventajas o inconvenientes de la subsistencia de estas normas.

c) LA DOTE OBLIGATORIA EN EL RÉGIMEN DEL CÓDIGO-CIVIL.

1. Quién está obligado a dotar.

El artículo 1.340 dice que está obligado a dotar "el padre o la madre o el que de ellos viviese".

De acuerdo con la letra de este artículo, parece:

que solo ha de dotar uno de ellos si viven los dos; si vive uno, el que quede; y que si no vive ninguno de los dos, no existirá dote obligatoria. En cambio la letra ya no nos resuelve cuál de los dos ha de dotar, y quién tendrá la facultad de elegir quién ha de ser el dotante: si la hija o los padres.

El artículo 1.341 habla de "la fortuna de los padres", de las "declaraciones de los mismos padres dotantes" y de las de "los parientes más próximos, uno de la línea paterna y otro de la materna" y de "las declaraciones de los padres".

El artículo 1.342 habla de que "los padres pueden cumplir la obligación de dotar a sus hijas ..."

Estos dos preceptos emplean, pues, el plural -- constantemente, pensando en ambos padres. Sin embargo el argumento que se puede extraer de esta forma de hablar no parece definitivo, ya que pueden prever la situación para ambos padres, puesto que uno u otro puede ser el obligado, sin necesidad de entender que ambos sean obligados.

No cabe duda, sin embargo, que si se requiere -- las declaraciones de los padres, no es para pedir solo la del padre si él es el dotante, o de la madre en su caso, -- sino que parece que hay que entender que para determinar -- la fortuna se ha de tener en cuenta la declaración de ambos. Si no, no tendría tampoco sentido que se llame a dos parientes, uno de la línea paterna y otro de la materna. -- Es evidente que este llamamiento es conjunto, y que dentro de los escasos medios que el art. 1.341 concede a los Tri-

bunales, no se pueden reducir éstos, y que por tanto la intervención de los dos parientes es siempre conjunta.

En el campo de la interpretación gramatical parece que del art. 1.340 se deduce que solo uno de los padres tiene que dotar, pero en cambio del 1.341 parece deducirse que ha de determinarse o conocerse no la fortuna de uno de los padres, sino de los dos padres. Lo que pasa es que por las razones que veremos después, se suele interpretar que la operación de pesquisa solo va dirigida a la fortuna del padre dotante.

Las consecuencias sin embargo de esta conclusión, son graves porque entonces es decisivo determinar quién ha de dotar, y no es indiferente que sea uno u otro, sobre todo si sus fortunas son notablemente diferentes.

Con argumentos de interpretación histórica se -- suele resolver el problema. Como hemos visto la dote en D. Romano se originaba por la peculiar posición de subordinación de la hija y por la potestas del pater familias, y no cabe duda que era el padre el que dotaba. La dote profecticia parece anterior y más clásica que la dote adventicia -- que aparece como una nueva posibilidad. El derecho justiniano, en materia de dote obligatoria, reconoce la obligación de dotar al padre, aunque no tenga la patria potestad; es un officium del padre, parece que va entre las obligaciones típicas que tiene el padre ⁽¹⁸⁶⁾. La madre solo está obligada a dotar según una disposición de Diocleciano, probablemente interpolada, en el caso de que exista una grave causa o esté impuesto por algún especial motivo.

En el derecho intermedio se siguió manteniendo esta idea, pero poco a poco se va haciendo más fácil exigir que dote la madre; así en el caso de insuficiencia de bienes del padre y que en cambio la madre sea rica. Las Partidas hablan sobre del padre y del abuelo de parte de padre, es decir parece que es una obligación de la línea paterna; y solo se habla de que dote la madre hereje si la hija es cristiana. No obstante esto, los autores castellanos entendían que la madre, en defecto del padre, debía dotar a la hija pobre.

En derecho catalán, que se ha vivido la dote -- siempre más que en el castellano, se ha reconocido la obligación de la madre de dotar, pero siempre con carácter subsidiario. RIPOLL considera obligada a la madre solo cuando el padre ha muerto, o es pobre y no tiene bienes para dotar. FONTANELLA cree que si el padre es pobre, la madre paga una deuda propia, y lo que entregue como dote se debe imputar a la legítima de la dotada ⁽¹⁸⁷⁾. Estas ideas y -- otras justifican el artículo 26 de la Compilación catalana que impone la obligación de dotar al padre, y a la madre solo en defecto de aquél, o cuando su patrimonio sea notoriamente superior al del padre.

Con esta historia de la obligación de dotar se comprende que la doctrina supla la falta de claridad del artículo 1.340, interpretando que es el padre el que tiene la obligación de dotar, y que la madre solo ha de hacerlo en defecto suyo.

(188)
M. SCAEVOLA cree que habiendo padre y madre-

ricos, o con algunos medios de vivir, ha de reclamarse del padre: primero, por razón de la patria potestad que ejerce el padre, y solo a falta de él de la madre; segundo, por el orden de colocación en que se citan padre y madre en el art. 1.340; y tercero, por razón de los precedentes legales.

(189)
CASTÁN sigue el criterio de MUCIUS, pero con una pequeña salvedad en las ediciones más recientes: que no ha de ser aplicado el sistema de modo rígido, entendiendo que solo cuando falte el padre o carezca en absoluto de medios de fortuna pasará la obligación a la madre, y que cuando la madre tiene medios económicos muchos mayores, podrá dirigirse a ella la hija para que la dote.

(190)
S. ROMÁN en cambio, entiende que por la forma poco precisa en que está redactado el 1.340, puede considerarse que es la hija la que tiene el derecho de reclamar la constitución de la dote del padre o de la madre. — Pero este derecho, según él, solo lo puede usar si no se ha constituido voluntariamente dote por uno u otro, ya que solo se puede ejercitar, siempre según este autor, cuando voluntariamente no se ha cumplido espontáneamente con aquella obligación de constituirla por cualquiera de los padres. Esta postura la mantiene S. ROMÁN, como impuesta por el texto del art. 1.340, ya que en su opinión lo natural es considerar la dote necesaria como una derivación del poder paterno, y por lo tanto racionalmente debe atribuirse al padre antes que a la madre la obligación de dotar.

(191)
LACRUZ BERDEJO sigue a MUCIUS y CASTÁN y opi

na que es el padre el que tiene la obligación de dotar, y en su defecto la madre, pero introduce la novedad de que aunque tenga el padre algunos bienes, si la madre tiene medios económicos mayores, puede dirigirse la hija a la madre para que la dote. Sin duda también influido por las soluciones históricas, ya que el articulado del Código no dice nada en este sentido.

(192)
PUIG BRUTAU afirma que la obligación de dotar no afecta a los padres conjuntamente sino alternativa, y que el padre es el obligado en primer lugar, si tiene bienes suficientes para cumplir la obligación; y que la hija solo puede dirigirse contra la madre, en vida del padre, cuando éste carezca de bienes o cuando la madre disponga de medios económicos muy superiores.

Como se vé de todo lo dicho hasta ahora la laguna del art. 1.340 la llenan los autores, sin muchas preocupaciones, probablemente por la poca trascendencia práctica del tema por el escaso uso de esos preceptos, con una norma del derecho histórico. Pero con dos salvedades: que ni el derecho histórico castellano es tan claro, ni a alguno de ellos deja de plantearsele un problema. Tanto S. ROMÁN como IACRUZ tienen sus reservas sobre la solución que dan. Y es que la solución es mala y ellos se dan cuenta perfectamente, aunque no sigan profundizando en el tema.

El derecho histórico castellano no termina con las Partidas. Hay todavía dos textos antes del Código que se refieren a la dote obligatoria, que constituyen una modificación de los preceptos anteriores y que son los prece

dentes más inmediatos de los artículos del Código civil.

La ley 53 de Toro dice: "Si el marido é la muger durante el matrimonio casaren algun fijo comun, é ambos le prometieren la dote, ó donacion propter nuptias, que ambos la pagen de los bienes que tuvierén ganados durante el matrimonio, é si no los oviere, que basten á la paga de la dicha dote y donacion propter nuptias, que lo pagen de por medio de los otros bienes que les pertenescieron en cualesquier manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion propter nuptias á algun fijo comun, y del tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se pague en lo que en las ganancias cupiere, y si no las -- oviere, que la tal dote, ó donacion propter nuptias se pague de los bienes del marido, é no de la muger"; y aunque no se refiere estrictamente a la dote obligatoria exigida por la hija sino a la que ambos prometieren, no cabe duda que contempla la dote conjunta de ambos padres como la situación más lógica y normal; y por otra parte trata de resolver la imputación de la dote en un sistema, distinto -- del romano de separación de bienes, en el que existen unos bienes comunes.

El otro antecedente es el Proyecto de 1.851, en el que se habla de que están obligados a dotar "el padre y la madre, o el que de ellos viviere", es decir que se prevé la obligación como conjunta ⁽¹⁹³⁾.

El sentido de la redacción del artículo 1.340 se parándose de su modelo de 1.851, parece que debe ser distinto de este antecedente. Sin embargo, una vez más, una --

modificación pequeña pero no suficientemente estudiada, -- origina dificultades en las consecuencias que produce.

Desde un punto de vista histórico es indudable -- que era el padre el obligado a dotar, y la madre solo en -- su defecto; pero desde un punto de vista lógico, y en un -- sistema de comunidad como el de nuestro Código, en el que -- han desaparecido además las motivaciones que dieron lugar -- a la obligación del padre, es absurdo que sea el padre, y -- no ambos padres, los obligados a dotar.

La redacción del proyecto de 1.851 es mucho más -- consecuente con la evolución que la que se entiende gene-- ralmente que impone nuestro Código. Los hijos tienen dere-- cho a legítima en las herencias de ambos padres, y aunque -- la dote obligatoria no tiene que ser necesariamente un an--
(194) ticipo de legítima , tiene todas sus características:-- se gradúa su cuantía en atención a la legítima, se imputa--
(195) a la legítima , se tiene que colacionar en la herencia del dotante (arts. 1.035 y 1.045), y si la dote la han he-- cho ambos cónyuges se colaciona por mitad en la herencia -- de cada uno (art. 1.046).

Si lo que se quería con la dote es ayudar a las -- hijas a casarse bastaba que recibieran bienes de uno u -- otro suficientes para hacer apetecible casar con ella, o -- en otras palabras bienes suficientes para ayudar a soste -- ner a la familia en un régimen de separación. A estas ideas responde la dote del padre, y en su defecto de la madre, y hasta esa excepción posterior de que el padre sea pobre y -- la madre rica. Pero si lo que se pretende es ayudar a las --

hijas en el momento de contraer matrimonio, lo lógico es - que se las ayude con el patrimonio de ambos padres, puesto que en ambos tiene la misma expectativa de adquisición. En este sentido también es más acertada la redacción de 1.851 al permitir interpretar que la dote es conjunta.

La dote conjunta tiene además otras ventajas. De acuerdo con el 1.340 actual si el padre tiene poca fortuna y la madre mucha, la hija recibirá una pequeña dote, o al revés, una gran dote por puro azar, ya que la tesis de que si el padre es pobre y la madre rica, debe ésta constituir la dote, no tiene el menor apoyo legal. A lo sumo podría admitirse si el padre carece de toda clase de bienes y por lo tanto no pudiese constituir dote, aunque el Código no dice que en defecto del padre, sino que emplea la alternativa simplemente. Esta situación de azar no se podría dar nunca con la dote conjunta.

También puede darse con la solución del Código - la siguiente situación: Que si el padre tenía poco patrimonio, y la hija no ha pedido la dote en vida de él, y la pide después de muerto a la madre, recibirá mucha más dote, aunque lo haga después de casada, que si la hubiera pedido al tiempo de casarse.

La modificación de la redacción del art. 1.340 - en el Código respecto de su antecedente de 1.851 no puede dejar de tener su sentido. Parece que el Código ha querido volver a la solución tradicional y abandonado la más práctica, sistemática, lógica y renovadora que podría haberse obtenido de una interpretación, más progresiva que la de -

GARCÍA GOYENA, del Proyecto. Con ello ha introducido todos los problemas de la indeterminación de quién es quien la ha de constituir, de si la hija tiene posibilidad de opción, de las diferencias por razón de la diversa fortuna de los padres, y de la dificultad de imputación en un régimen de comunidad, sin incorporar ninguna de las soluciones que la costumbre había ido encontrando para orillar o disminuir esos problemas.

Además, ha recogido del texto del Proyecto el inciso "el que de ellos viviere", que en una expresión conjunta es necesario, pero que no lo es en una expresión alternativa, y después ha mantenido la regulación que sí está tomada en buena parte del Proyecto (196).

Con todo ello, la regulación de la dote obligatoria en este punto tiene muchos más inconvenientes que ventajas, y si no se plantean más litigios en torno a la interpretación de este punto es, sencillamente, por la rareza de los casos en que se pide su constitución.

Fuera del padre o madre no parece que haya nadie que esté obligado a dotar en la actualidad.

En las Partidas se habla del abuelo de la línea paterna. En la actualidad puede darse el caso de que el padre y la madre hayan premuerto, y de que la licencia para casarse la den los abuelos, ya que en este caso les corresponde a ellos y no al tutor (art. 49 C.c.). Pero creemos que la nieta no puede pedir la mitad de su legítima rigurosa presunta, a pesar de ser legitimaria en lugar de su padre. Racionalmente, si la dote obligatoria se basara exclu-

sivamente en la legítima y fuera en rigor un anticipo obligatorio de ésta, como la nieta es legitimaria, podría pensarse que estaría justificada en caso de orfandad, más aún que cuando tiene padres, la dote obligatoria con cargo a esa legítima futura. Esta fué la solución del derecho histórico. Pero el carácter excepcional de la norma y la forma de expresarse los artículos 1.340 y ss., que se refieren solo al padre o a la madre o al que de ellos viviere, -- hace muy arriesgado defender la tesis de que se extienda -- esa obligación a los demás ascendientes respecto de los --
(197)
que se tiene derecho a legítima .

Puede darse otra situación no prevista en el Código civil: la de las hijas legítimas que no tienen padre ni madre, que están sujetas a tutela, pero que tienen bienes propios no administrados por ellas, por ser menores o incapaces.

En este caso no cabe duda que no pueden pedir -- constitución de dote al padre ni a la madre, que fallecieron, ni a los abuelos por las razones dichas. Y además si tienen bienes propios tampoco podrían pedir dote obligatoria.

¿Pero cuál es el régimen de esos bienes?.

Hay que distinguir según la mujer esté sujeta a tutela por menor edad, que es el caso más frecuente, o por incapacidad.

a) Si es menor, necesitaba la licencia para casarse que deben conceder las personas de los artículos 46- y 49 del Código. Si la obtiene, conforme al art. 50, segun-

do, a sensu contrario, tendrá la administración de sus bienes. Pero si no la obtiene, aunque queda emancipada por el matrimonio (art. 314) no se le entrega la administración de sus bienes (art. 50, segundo C.c.). Conforme al art. 278 la tutela de los menores concluye a los 21 años, o por habilitación o por adopción. Y aunque este artículo no habla de emancipación, hay que entender que no se cita, porque el huérfano menor no puede ser emancipado sino por matrimonio.

La habilitación de edad no es sino la emancipación para los que no están sujetos a patria potestad sino a tutela. Los efectos son los mismos por la remisión que el artículo 324 hace al 317, y el tratamiento del habilitado de edad y el emancipado por concesión paterna tiene que ser el mismo. Si a esto se une que la tutela se da solo para los menores no emancipados parece indudable que los emancipados, aunque lo sean por matrimonio no están sujetos a tutela (198).

Cierto es, sin embargo, que el artículo 317 habla del consentimiento del tutor para ciertos actos que quiera realizar el emancipado, y que el artículo 59 impone al marido menor de dieciocho años el consentimiento de su tutor para los actos de administración. Aquí se produce una verdadera oposición entre los artículos 211, 278, 317 y 59 -- del Código civil. La doctrina ha tratado de resolver esta oposición diciendo que no hay aquí verdadera institución tutelar propiamente dicha, sino solo modos de suplir la falta de capacidad de una persona para dar validez a determi-

(199)
nados actos .

En principio, pues, parece que al casarse y producirse la emancipación consiguiente cesa la tutela, y esto cualquiera que sea la edad de la mujer que se casa, es decir aunque no tenga los 18 años precisos para ser habilitada de edad, ya que puede casarse desde los 12 o 14 años, - según sea el matrimonio civil o canónico.

Parece que hay aquí una situación extraña. Si se casa con licencia, queda emancipada y debe cesar la tutela, y debe tener ella la administración de sus bienes.

Si se casa sin licencia, la emancipación se produce también y debe dejar de ser persona sujeta a tutela - ya que ésta es solo para los menores no emancipados (art.- 211 C.c.). Pero sin embargo no se le entrega la administración de sus bienes; lo que no dice la ley de manera explícita es quién tiene esa administración ⁽²⁰⁰⁾ .

Por tanto si se casa con licencia, tiene la administración de sus bienes y debe cesar la tutela. ¿Puede la mujer pedir antes de casarse que se dote sobre esos bienes o podría el marido pedir que se constituyera la dote obligatoria por el tutor?. Parece que esto último no es posible nunca en nuestro actual sistema, pero ¿podrá la mujer pedir que se constituya la dote obligatoria sobre esos bienes?.

En el derecho histórico se podía pedir a tutores y curadores la constitución de dote ⁽²⁰¹⁾ . En el Código no se prevé la situación, pero tampoco se excluye, ya que no se considera en el art. 1.340 el caso de que no viva ninguno-

de los padres, y por otra parte la tutela sustituye en - -
cierto modo a la patria potestad.

No es indiferente para el régimen del matrimonio
que se constituya dote o no, desde el punto de vista del -
marido, pero parece que teniendo bienes propios la mujer -
no podrá pedir que se constituya dote obligatoria, confor-
me al art. 1.34^t. Entonces los bienes se aportarán como pa-
rafernales y no como dotales, lo cual es beneficioso para-
la mujer.

Se puede pensar que este problema es artificioso
porque la mujer al casarse queda emancipada y tiene la ad-
ministración de sus bienes, salvo que esté en el caso de -
la sanción del artículo 50, pero puede no ser así. El artí-
culo 59 prevé la subsistencia del tutor para el marido - -
emancipado por matrimonio menor de dieciocho años, y por -
lo tanto la situación para la mujer ha de ser la misma. Se
(202)
rá una tutela excepcional y no total , pero subsiste -
la figura del tutor.

De acuerdo con ello parece que la mujer que se -
casa, huérfana de padres y sujeta a tutela, no puede pedir
nunca dote obligatoria; si no tiene bienes porque no hay -
nadie obligado a dotarla, y si los tiene porque aunque --
por alguna causa, como casarse sin licencia conforme al --
art. 45, o ser menor de dieciocho años, no tenga la plena admi-
nistración de sus bienes, no puede exigir al tutor la cons-
titución de dote porque tiene bienes propios. Desde luego-
tendrán éstos la condición de parafernales y no de dotales,
y no los administrará el marido sino otra persona, lo cual

puede ir contra las ideas anticuadas, de dotar a las mujeres como ayuda para casarse, pero parece que es así.

b) Si es incapacitada, loca, pródiga o interdicta, puede casarse, en el primer caso con tal que estuviera en su cabal juicio al tiempo de contraer matrimonio (art. 83, 2º C.c.); pero el matrimonio no determina la desaparición de la tutela; lo único que pasa es que siendo la tutela legítima, el cónyuge se convertirá en tutor en el caso de incapacidad o interdicción (arts. 220 y 230 C.c.). No será así en cambio en el caso de que haya nombrado tutor testamentario por los padres (art. 206 C.c.) o en el caso de prodigalidad, en el que corresponderá a las personas -- del art. 227, entre los que no está el cónyuge, sin perjuicio de lo que dispone el 225, segundo párrafo.

En este caso ¿puede pedir la mujer la constitución de dote obligatoria?, ya que aunque tiene bienes propios ni los administra ella, ni los administra su marido, sino una persona extraña al matrimonio. No parece descaminado defender esa posibilidad, por aplicación de los principios que inspiran el art. 1.340, ya que el tutor debería suplir la falta de los padres si se quiere seguir viendo -- en la dote obligatoria ese "adjutorium maritandum", que -- por lo que llevamos expuesto, sigue siendo la razón de que el legislador de 1.889 mantuviera esa figura en el Código, puesto que, como hemos visto, si fuera verdadero anticipo de legítima se daría respecto de ambos, padre y madre.

2. Qué hijas tienen derecho a dote.

Conforme al artículo 1.340, tienen este derecho solo las hijas legítimas. Parece evidente que no lo tienen las hijas naturales a pesar de que históricamente tuvieron este derecho y de que el artículo 26 de la Compilación catalana extiende este derecho a esta clase de filiación.

En esto están de acuerdo todos los autores, y -- creemos que debe ser así, ya que el 1.340 no es susceptible de interpretación extensiva. El artículo 134 no reconoce entre los derechos de los hijos naturales ningún derecho a dote; y el párrafo 3º que les reconoce la porción hereditaria que se determina en el Código, o el art. 807, tercero, que les dá la condición de legitimarios, no son argumentos en contra ya que, como hemos visto, la dote obligatoria no se constituye en Derecho común como un riguroso anticipo de legítima, sino que únicamente se tiene en cuenta el importe de la legítima para determinar el volumen de -- aquélla.

En cambio tienen derecho a dote no solo las hijas legítimas sino las asimiladas a esta condición. Entre ellas están sin duda las legitimadas por subsiguiente matrimonio conforme al artículo 122 C.c. y desde luego las hijas de matrimonio aunque se haya declarado nulo (art.69) y las presuntamente legítimas conforme al art. 108, aunque sean póstumas.

A la hija legítima de anteriores nupcias la deberá dotar exclusivamente su padre o madre, pero no el nuevo cónyuge. Pero no desaparece esa obligación por contraer nuevas nupcias el padre o madre, ni por tener nuevos hijos

de esas nupcias, aunque este hecho influye, desde luego, - en la cuantía de la dote.

El derecho a dote es independiente de la edad de las hijas. Históricamente se discutió si las mayores de -- edad que se casaren tenían también derecho a dote obligatoria, aunque predominaba la idea de que podía pedirla a - - cualquier edad ⁽²⁰³⁾. En la actualidad no cabe duda que con arreglo al Código civil, cualquiera que sea la edad de la-hija puede pedir que se la constituya dote para casarse. - Para pedirlo bastará que exista el proyecto de contraer matrimonio, aunque no hay obligación de constituir y entre - gar la dote sino cuando se celebra el matrimonio, que es - como la "conditio iuris" para la efectividad de la dote.

Respecto de las hijas adoptivas no cabe duda que el art. 1.340 no las tuvo en cuenta. Con la regulación de la adopción de 1.889, e incluso con la reforma de la ley - de 24 de Abril de 1.958, en la que los hijos adoptados en forma plena se equiparaban a los naturales reconocidos, -- las hijas adoptivas no tenían en absoluto derecho a la dote obligatoria.

En cambio la ley de 1.970 deja redactado el artículo 176 del Código en el sentido siguiente: "En todo lo - no regulado expresamente por la Ley, al hijo adoptivo le - corresponden los mismos derechos y obligaciones que al legítimo", y el 179 dice: "El hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los hijos legítimos". Y que la idea de la ley es la más aompleta equiparación, sin excepciones, se refleja en su Exposición de Motición,

vos, que en un lugar dice:

"Dentro de la adopción plena pueden considerarse como normas de la mayor importancia y trascendencia superadoras de los puntos de vista de la ordenación modificada -- estos dos: y conferir a adoptado y adoptante las posiciones jurídicas correspondientes al hijo y al padre legítimos".

Y en otro: "Con la atribución a adoptado y adoptante de la posición sucesoria del hijo y del padre legítimos, el Proyecto agota las posibilidades de favorecimiento del vínculo adoptivo".

Con esta regulación creemos que hoy se podrá defender dada la equiparación de las hijas legítimas con las adoptadas en forma plena, que dentro de la referencia a -- aquéllas del 1.340 se entienden comprendidas éstas. Con -- tal, desde luego, que hayan sido adoptadas conforme a la -- ley de 1.970, o habiéndose adoptado con arreglo a las anteriores disposiciones hayan sido adaptadas a la nueva normativa conforme a su Disposición transitoria y a la Circular de 20 de Abril de 1.971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo que contiene las Instrucciones para la aplicación de -- las nuevas normas de la ley de 1.970.

3. Pérdida del derecho a la dote obligatoria.

Pierden las hijas el derecho a la dote obligatoria en los siguientes casos:

a) Cuando se casen sin obtener la licencia o la autorización supletoria. La licencia la deben pedir, con --

forme al Código reformado en 1.958, solo los menores de -- edad, y la deben conceder el padre, la madre, el abuelo paterno, el materno, las abuelas paterna o materna o el Consejo de Familia por este orden (art. 46). Como no hay necesidad de que se aleguen las razones que se tienen para concederla o negarla (art. 49), bastaría que se negara esa licencia para hacer una ilusión la dote obligatoria. Por -- ello el art. 1.340 determina que basta para conservar ese derecho haber obtenido la autorización supletoria que conforme al art. 49 corresponde conceder al Ordinario del lugar o al Presidente de la Audiencia Territorial según el -- matrimonio fuera canónico o civil.

b) Cuando la hija tenga bienes equivalentes a la dote obligatoria que debe percibir. Esta causa ofrece más dificultades de interpretación. Primero porque siendo la -- dote obligatoria la mitad de la legítima rigurosa presunta, será muy difícil saber de antemano cuál es esa cuantía, y por tanto lo que se deberá hacer es fijar en todo caso -- el importe de esa legítima rigurosa presunta para poderla -- comparar con los bienes que tiene la hija.

Los bienes que tenga la hija han de equivaler a la mitad de la legítima rigurosa presunta del que deba -- constituir la dote. Si la obligación fuera conjunta debería equivaler a la suma de las dos legítimas, pero con el sistema del Código, bastará con que alcance el nivel dicho, con lo que aunque tenga muy pocos bienes la hija, si el padre es pobre, no podrá aquélla exigir dote obligatoria a la madre aunque ésta tenga una fortuna muy superior. Esta-

solución es más injusta que la histórica y que la catalana, pero no creemos que pueda prosperar la pretensión en contra de la hija aunque se intente apoyar en el párrafo segundo del 1.341 que habla de "la fortuna de los padres". Insistimos en que hubiera sido más lógico y justo, a nuestro juicio, el cómputo conjunto, pero es muy difícil que prevalezca esta tesis.

Con la solución alternativa que impone el 1.340-bastará, además, que la hija tenga bienes propios, por herencia de uno de los padres, que la hayan premuerto, para que ya no pueda pedir dote obligatoria, si esos bienes -- equivalen a lo que le corresponde por herencia de su padre vivo. Con lo cual tiene menos probabilidades de ser dotada la hija huérfana que la hija cuyos dos padres viven.

En cuanto al carácter y calidad de los bienes -- que posee la hija, parece indiferente. Será lo mismo que los haya recibido por herencia de otras personas, que por donación, que los haya adquirido por su trabajo o por cualquier otro procedimiento, incluso que sean gananciales de un matrimonio anterior disuelto, o del matrimonio actual -- si pide la dote no al casarse, sino algún tiempo después -- de contraer matrimonio. Éste podía ser el único caso dudoso, por entender que esos bienes tenían una especial consideración dentro del régimen matrimonial que excluye la eliminación de los dotales, o que esos bienes no eran suyos -- sino de la sociedad de gananciales, y que en ellos no tenía derecho hasta la disolución del matrimonio. Lo único -- que el Código considera es que tenga bienes --suyos--, equi-

valentes a la mitad de su legítima presunta. Sin embargo, a pesar de las discusiones sobre la naturaleza de los bienes gananciales, no es posible pensar que esos bienes no se deban considerar como suyos en cuanto a una mitad de su valor. El Código no dice que tenga, al casarse, bienes equivalentes a la mitad de su legítima, y habrá que estar para hacer el cómputo al momento en que la hija reclama su dote.

c) Cuando ya haya recibido la dote por causa de un matrimonio anterior, y vuelva a casarse (CASTÁN⁽²⁰⁴⁾, LA CRUZ⁽²⁰⁵⁾). Aunque hayan desaparecido estos bienes y no -- tenga bienes ningunos al volver a contraer matrimonio, la obligación ha sido ya cumplida y no se puede repetir la reclamación. Y esto ni aun en el caso, con el 1.340 en la mano, de que en aquella ocasión la hubiere constituido el padre, y ahora por fallecimiento, hubiera de constituirla la madre.

En cambio creemos que es indiferente que se trate de primeras o segundas nupcias, si no se ha pedido hasta entonces la dote obligatoria, y la hija que va a casarse, aunque sea viuda, carece de bienes. Desaparecida la -- malquerencia legislativa a las segundas nupcias, no hay razón ninguna para distinguir entre unas y otras.

Fuera de estos casos, no pierden las hijas su derecho a la dote obligatoria ni por la clase de régimen matrimonial que hayan elegido, ni por casarse contra alguna de las prohibiciones del art. 45 que no sea la del apartado Primero⁽²⁰⁶⁾. Habrá que resolver el tema de la armonización de las prohibiciones de administración de los bienes-

de la hija que se case, o de su cónyuge impuestas por las reglas del artículo 50, con las normas de administración de los bienes dotales, pero no impide el derecho de la mujer a reclamar su dote.

(207)

Por eso mismo, LACRUZ cree que tampoco es -- digna de tenerse en cuenta la observación de MANRESA de -- que no puede pedirse la dote obligatoria existiendo régimen de comunidad universal absoluta, ya que no es compatible la comunicación total de bienes con el mantenimiento de la dote con su carácter. Ciertamente las dificultades de armonización serán extraordinarias, pero lo que sucede es que en la dote obligatoria hay dos aspectos, uno el técnico de la administración de unos bienes dotales, y otro -- el práctico de la ayuda para contraer matrimonio, que es el que, como hemos dicho, parece prevalecer en la mente del legislador al promulgar los arts. 1.340 y siguientes.

Hay otra forma de que la hija no tenga derecho a la dote obligatoria; entregándole bienes en concepto distinto del de dote, de manera que al tiempo de casarse tenga bienes equivalentes a la mitad de su legítima rigurosa-presunta y como consecuencia no existe derecho a dote por aplicación del art. 1.341.

En la práctica esto sucede con mucha frecuencia, pero no para eliminar el derecho a la dote obligatoria, si no independientemente de esta figura que, prácticamente, -- nadie tiene en cuenta.

Los padres, tanto de hijas como de hijos, cuando tienen patrimonio, procuran ayudarles en el momento de con

traer matrimonio. Unas veces con donaciones en metálico, - con bienes muebles o con inmuebles, y otras fijándoles una cantidad periódica. De entre todas estas ayudas la más frecuente hoy, es proporcionarles una vivienda; unas veces -- los padres de la mujer, otras los del varón, y otras uniendo sus esfuerzos ambos padres compran un piso para su hijo o hijos. Raramente, por razones fiscales, aparece esto como una donación; más bien suele hacerse como una adquisición directa y onerosa por el hijo o hija o por los novios, habiendo recibido antes el dinero del piso, o de la entrada, de los padres.

Como consecuencia del desuso en que ha caído la institución entera de la dote, a nadie se le ocurre atribuir a estos bienes el carácter de dotales. Y además si se les explicara las consecuencias de atribuir al piso ese carácter, fuera estimada o inestimada, casi unánimemente rechazarían ese sistema, que entraña un cierto perjuicio para la mujer. La donación se hace a la hija como bienes propios, y por lo tanto lo mismo si el adquirente donatario es el marido que la mujer, o ambos juntos, los bienes que adquieren tienen el carácter de privativos. Sin que deba entenderse aplicable aquí el art. 1.398 a la letra.

De esta forma las donaciones que a la hija se hacen antes de casarse suelen convertirse en bienes parafernales, bien por no decirse nada y actuar la presunción del art. 1.381, bien por atribuirles expresamente ese carácter, o bien por aparecer adquiridos por la hija en estado de -- soltera a título oneroso.

Esta situación de hecho es, además, mucho más -- acorde con la situación actual de la mujer en la sociedad, y más ventajosa para la mujer, ya que sus derechos sobre los bienes parafernales son más extensos que sobre los dotales. Sin que por otra parte perjudique a la sociedad conyugal, sino solo al marido, ya que tanto los frutos de los dotales como de los parafernales, se convierten en ganancias (1.401) y están afectos al levantamiento de las cargas del matrimonio (1.408).

4. Momento de pedir la dote obligatoria.

No lo determina de forma expresa el Código. Pero no cabe duda que nace ese derecho por el hecho de casarse la hija. Podrá pedirla aun antes de casarse con ocasión -- del matrimonio, pero no podrá exigir que se le entregue si no una vez que hubiera contraído el matrimonio, porque hasta ese momento no se tiene la plena seguridad de que se -- cumple el requisito indispensable de su existencia. La misma definición de dote que da el art. 1.336 como "bienes y derechos que la mujer aporta al matrimonio al tiempo de -- contraerlo", lo confirma. Si pudiere existir su entrega antes y después por cualquier causa no se celebrara el matrimonio, surgirían una serie de complicaciones de devolución.

Lo que sí es posible es pedirla y fijarla antes de contraer matrimonio aunque solo se entregue cuando éste se haya celebrado.

No se pierde el derecho a la dote obligatoria -- aunque no se haya pedido al tiempo de contraer matrimonio.

O lo que es lo mismo, puede la hija, en cualquier momento, después de celebrado el matrimonio, pedir que se le entregue la dote obligatoria.

Los arts. 1.340, 1.341 y 1.342 no determinan en absoluto cuál es el momento de pedir la dote; lo único que se deduce de ellos es que para que haya dote ha de existir matrimonio. Pero si es un derecho reconocido a las hijas - parece que deben poder utilizarlo en cualquier momento durante la vida de los padres, y que si no lo han hecho en el momento de contraer matrimonio, no deben perder por eso el derecho a solicitarla.

La solución en nuestro derecho anterior al Código era también esa; la hija podrá en todo tiempo reclamarla dote, y ésta es también la solución de la compilación catalana.

Esta solución no cuadra muy bien con la idea de que la dote obligatoria se da para ayudar a contraer matrimonio, pero no nos debe extrañar porque ya hemos visto que la dote obligatoria ha venido recibiendo influencias de diversos regímenes y no llega a nosotros como una institución pura y lógica, sino como un residuo de costumbres y necesidades de diversas épocas, y como amalgama de diversas normativas que el legislador recoge sin reestructurar seriamente.

Efectivamente si solo fuera la dote el "adjuto - rium maritandum" de que se ha hablado, debería desaparecer el derecho a exigirla una vez celebrado el matrimonio o en un plazo breve después de este acto solemne. Sin embargo -

el legislador no ha seguido este criterio, y parece que la mujer puede pedir esa dote en cualquier momento, lo mismo que sucede en derecho catalán. Puede darse el caso de que la mujer no haya querido pedirla al casarse por evitar a sus padres ese posible perjuicio, y que luego por haber surgido la necesidad después, durante el matrimonio, lo haga, viniendo la dote obligatoria a salvar una dificultad familiar.

El problema es, en este caso, a qué momento habrá que atender para ver si la mujer tiene bienes propios, si al momento de casarse o al de pedir la dote. No cabe duda que aunque no los tuviera al tiempo de casarse, si los ha adquirido después y los tiene al tiempo de solicitar la dote, se le computarán a los efectos del art. 1.341 y no podrá exigir su constitución. En el caso de que no los tenga al tiempo de solicitarla y los tuviera al tiempo de casarse, la solución es más dudosa, pero parece que no se extinguirá su derecho por esa circunstancia, si entonces no pidió la constitución de la dote, ya que el hecho de haber venido a peor fortuna no debe ser razón bastante para eliminar un derecho que tiene reconocido por la ley.

No cabe duda que esta libertad de elegir el momento de pedir que se le constituya dote puede ser enojosa para los padres, y utilizarse por la hija para obtener una dote superior, ya que incluso puede por este camino obtener dote en el momento que el patrimonio del obligado a constituir la esté en mejor situación, o esperar a que sea su madre la obligada a dotar si ésta tiene superior patri-

monio. Pero con el Código en la mano no se vé qué plazo se puede imponer a la hija. Podrán los padres evitar la incertidumbre constituyendo dote voluntaria por el importe correspondiente con lo que pueden impedir que luego se les reclame en momento inoportuno puesto que ya la han constituido. El que entreguen bienes a la hija en concepto de parafernales no es de resultado tan seguro porque si los conserva, al tener bienes equivalentes a la mitad de su legítima, podrán oponer el art. 1.341, pero si los hubiere perdido o consumido no podrían utilizar ese precepto.

De todas formas este derecho a exigir la dote no puede ser imprescriptible, pero el único plazo que se le puede aplicar es el normal de 15 años de las acciones personales conforme al art. 1.964. Habrá que entender que empieza a contar desde la fecha del matrimonio.

5. Cuantía de la dote obligatoria.

El artículo 1.341 establece que es la mitad de la legítima rigurosa presunta.

Por legítima rigurosa ha de entenderse la legítima corta, y por tanto se determinará valorando la herencia del obligado a constituirla; tomando un tercio de ella, y dividiéndolo entre los hijos o estirpes existentes en ese momento, y tomando la mitad de la cantidad resultante. De esa suma habrá que descontar el valor de los bienes propios que tenga la hija, y la diferencia si la hay será la que se considere como dote obligatoria.

En nuestra opinión esta operación hay que reali-

zarla respecto del padre, y en su defecto de la madre, por lo cual habrá que conjuntar los bienes propios, y la mitad de los gananciales que hubiere, ya que su patrimonio hereditario para fijar las legítimas también habría que determinarlo así.

En todo caso se trata de la legítima rigurosa -- presunta, ya que la legítima no se puede conocer hasta el momento del fallecimiento del padre o madre, y hasta entonces su patrimonio puede cambiar en más o en menos. Habrá -- que calcular sobre el patrimonio existente en el momento -- de pedir y fijar la dote obligatoria, y una vez determinada ésta ya no debe ser objeto de modificación.

Si aumenta después el patrimonio no por eso aumentará la dote ni se tendrá derecho a exigir su complemento. Si disminuye tampoco deberá disminuirse, sin perjuicio de la correspondiente imputación (art. 818) y colación (art. 1.045) y hasta reducción en su caso, en el momento de la -- partición y adjudicación de la herencia.

Precisamente por ser presunta esa legítima, y -- también por evitar las disensiones y tasaciones del patrimonio de los padres con todos los inconvenientes e intromisiones que esto podría llevar consigo, el art. 1.341 establece un procedimiento de jurisdicción voluntaria, y no -- contradictorio, con bastante libertad para los Tribunales. Queda prohibida la pesquisa de la fortuna de los padres, y no habrá más investigación que las declaraciones de los padres, y las de los dos parientes más próximos de la hija, -- que residan en la localidad o en el partido.

En todo caso habrá que atender a la fortuna existente al tiempo de solicitar la constitución de la dote -- obligatoria, y cuando se pida después del matrimonio habrá que referirse también al momento de la petición y no al momento en que se contrajo el matrimonio.

El mismo criterio se ha de seguir para determinar los bienes que tenga la hija. Habrá que computar los que tenga en el momento de solicitar la dote. Si la solicita al tiempo de casarse, los que entonces tuviera; y si la solicita después los que entonces la pertenecieran por -- cualquier título. En este caso si hay gananciales de su matrimonio creemos que habrá que tenerlos en cuenta. Nada dice el Código desde luego, pero no cabe duda que los bienes gananciales son suyos, en cuanto a la mitad, aunque tenga limitaciones de administración y no se le entreguen materialmente hasta la disolución o separación del matrimonio. Para computar los bienes de la hija habrá que tener en -- cuenta sus parafernales, los dotes de otro origen que -- pueda tener y la mitad de los gananciales existentes.

6. Forma de pago de la dote.

El artículo 1.342 faculta a los padres para que opten por uno de dos procedimientos: la entrega del capital de la dote, o la entrega de una renta anual.

Parece pues que el primer paso es la valoración de la dote, esto es la fijación de una cantidad que es el valor de la mitad de la legítima rigurosa presunta. Eso es todavía exclusivamente una cifra. Para pago de esa cifra --

los padres pueden entregar bienes o la renta que produzca esa cifra.

Si entregan bienes no pueden aplicarse aquí ni -- aun por analogía las reglas de la herencia, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la -- misma naturaleza, calidad o especie (art. 1.061). Como los padres viven y no hay liquidación del caudal no se les puede obligar a desapoderarse de bienes específicos. Será a -- ellos a los que corresponderá determinar bienes, a su elección, para el pago de la dote. Podrán optar por metálico, -- valores, muebles o inmuebles. No existe ninguna norma sobre ello. Claro es que habrán de respetarse las normas generales de las obligaciones, entre otras el 1.094: "El -- obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla -- con la diligencia propia de un buen padre de familia"; -- 1.097: "La obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados"; 1.132, 2º: "El deudor no tendrá derecho a elegir las prestaciones imposibles, ilícitas o que no hubieran podido ser objeto de la obligación"; 1.167: "Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, -- ni el deudor entregarla de la inferior"; y asimismo deberá tenerse en cuenta el principio general del art. 1.258: -- "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias

que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley". Parece por tanto que si los padres no proceden conforme a las reglas de la buena fe, la hija podrá acudir a los Tribunales, por ejemplo cuando intenten adjudicarle partes indivisas mínimas en una pluralidad de bienes, que hagan imposible o ilusoria la percepción de sus derechos. En todo caso habrá que tener en cuenta el criterio de la buena fe, y que de los derechos se puede usar pero no abusar.

Pueden asimismo entregar en metálico el importe de la dote, aunque el metálico no existiere en su patrimonio, porque sin duda no es la dote obligatoria una pars bonorum sino una pars valoris (208).

Si la entrega no les conviene pueden pagar la dote mediante el abono de una renta anual como frutos o intereses del capital. También aquí pueden multiplicarse los problemas: cuál es el tipo de interés que se fija para el capital; si el dinero que se entrega va cambiando con su desvalorización, y con el consiguiente cambio de valor en signo monetario del capital fijado; si la renta se refiere a la suma fijada, o a unos bienes especialmente adscritos, etc.

En primera lugar para resolver todos estos posibles temas, lo más recomendable es que si se opta por el sistema de la renta, se establezcan los criterios, formas y momentos de pago, y hasta las sumas fijas o variables. Y que en defecto de acuerdo inicial se fije por los Tribunales que hayan intervenido en la determinación de la cuan -

tía de la dote conforme al 1.341.

Pero en defecto de pacto habrá que entender que si se fijaron bienes para pago del capital, y no se entregaron sino que se comprometió su renta, lo que se ha de entregar será lo que realmente produzcan; aplicando, por analogía, las normas del usufructo en cuanto a gastos que se deban deducir para hallar el beneficio neto; y si no se fijaron bienes habrá que entregar el interés de la suma que se fijó como dote obligatoria. El tipo de interés debería ser no el legal, sino el normal del dinero, que incluso -- puede cambiar de un año a otro.

Todavía queda un problema: el de la garantía del pago de esas rentas del que la ley no habla nada. Dudamos que la hija pueda exigir garantías reales del pago de esa renta, aunque desde luego podrá en caso de falta de pago -- ejercitar las acciones por las cantidades devengadas y no satisfechas.

7. Derechos del marido a la dote obligatoria.

No cabe duda que la dote obligatoria, cuando se constituya, habrá de regirse por las normas generales que rigen los bienes dotales. Es muy raro tener que aplicar -- esos preceptos, pero pueden aparecer bienes con el carácter de dotales, bien por expresa voluntad de la mujer que les atribuye ese carácter, bien por voluntad del donante, o bien por aplicación de la ley, en el caso que nos ocupa, en el del artículo 1.398 del Código ⁽²⁰⁹⁾, o en el del número 2º del artículo 1.337.

Limitándonos a los problemas típicos o exclusivos de la dote obligatoria, y dejando de lado la posible incidencia de las normas generales sobre la dote ⁽²¹⁰⁾, se nos plantean dos cuestiones: qué clase de dote es la dote obligatoria, y qué pasa con la expectativa que al marido corresponde en esa masa de bienes cuando no se constituye la dote obligatoria.

a) Las diferencias de régimen según la dote sea estimada o inestimada no necesitan ser ponderadas. El artículo 1.346 distingue una de otra, y toda la regulación del Código pivota sobre esa diferencia. Mientras que en la primera se transmite al marido el dominio (1.346, 2º), en la segunda el dominio lo conserva la mujer y tiene el marido solo una administración y usufructo especial (art. 1.357 y ss.).

No hay problema cuando al constituirse la dote obligatoria se le da uno u otro carácter expresamente, y no parece caber duda que es al padre constituyente y a la hija a quienes corresponde darle uno u otro.

Nada dicen los arts. 1.340 a 1.343, pero por ello mismo se entenderá cumplida la obligación cualquiera que sea la forma de dote constituida. El constituyente y la dotada podrán optar por la forma que prefieran o consideren más conveniente. En ambos casos la dote cumple su función de adelantar parte de su legítima futura a la hija y de ayudar al marido a sostener las cargas del matrimonio.

En el caso de que no se le haya atribuido expresamente uno u otro carácter habrá que estar al artículo --

1.346 y de él se deduce que lo normal es que la dote sea inestimada:

1º. Porque para que sea estimada es indispensable que se hagan una serie de actos expesos: que se evalúen los bienes al tiempo de constituirse la dote; y que se transfiera su dominio al marido, y para ello lógicamente se requerirá su colaboración y su consentimiento expreso, por lo cual parece que no puede haber nunca dote estimada si el marido no quiere que se le atribuya este carácter (211).

2º. Porque el último párrafo del 1.346 dice que "si las capitulaciones no determinaran la calidad de la dote, se considerará inestimada". Y aunque el precepto es -- tan insuficiente y poco exacto como tantos de los dedicados a la dote, su sentido es claro. No cabe duda que puede haber dote sin capitulaciones, y más aún que en todos los casos de petición por la hija de que se le constituya la dote obligatoria, lo normal es que no haya capitulaciones. Este hecho no debe hacer perder su valor al párrafo que -- examinamos. Aunque la dote se constituya sin que existan capitulaciones, se ha de considerar inestimada, salvo que expresamente haya sido constituida con el carácter de estimada.

b) El segundo problema es cuál es la actitud del marido en el caso de que no se constituya la dote obligatoria. No cabe duda que la dote obligatoria se constituye no solo en beneficio de la mujer, sino también en beneficio de la familia o del marido; como tantas veces hemos dicho,

(212) --
para ayudarlo a levantar las cargas del matrimonio
(213)

. Parece evidente por lo tanto que los derechos del -
marido se perjudican o disminuyen si no se constituye esa-
(214)
dote .

La consecuencia lógica sería que el marido, pues
to que tiene un derecho, pudiera reclamar su cumplimiento.
Eso significaría que en el caso de que la hija no pidiera-
a sus padres la dote, el marido, hay que suponer que una -
vez celebrado el matrimonio que actualiza esa obligación,-
podría subsidiariamente exigir de su suegro la constitu --
ción de la dote obligatoria. Digo subsidiariamente porque-
lo normal sería que incitara a la mujer a que la pidiera,-
y solo si ella no lo hacía lo hiciera él. Aún se podría --
complicar más esta situación aplicando el artículo 60 que-
dice que "El marido es el representante de su mujer", y co
(215)
mo tal podría actuar en nombre de ella .

Desde luego los artículos 1.340 y siguientes no-
permiten basar en su letra este posible derecho del marido,
y esa situación aumentaría más aún los inconvenientes y el
anacronismo de la dote obligatoria. Pero tampoco esos artí-
culos dicen nada en contra, y en una interpretación finalis-
ta de ellos, quizá se podría llegar a defender esa postu -
ra. Las consecuencias para la paz de las familias, y para-
la pureza y desinterés que debe presidir una decisión tan-
grave como el matrimonio parecen obvias.

Sin embargo la tesis no es descabellada y prueba
de ello es la posición del Derecho catalán.

En este Derecho la opinión más extendida es que-

el marido puede pedir la constitución de la dote obligatoria.

(216)
MAGARIÑOS da a favor del derecho del marido las siguientes razones:

"1) El artículo 26 Comp. dispone que "Se entenderá cumplida esta obligación cuando los padres hagan donación a su hija en capitulaciones matrimoniales y la donataria constituya en dote todos o parte de los bienes donados". Ello demuestra que no basta la donación del padre o madre para que se entienda cumplida la obligación de dotar, lo cual es lógico teniendo en cuenta el especial carácter de la dote catalana y su función dentro del régimen de separación de bienes, que analizamos inmediatamente.

2) El carácter oneroso que se ha reconocido siempre a la dote en Cataluña, el cual, tratándose de dote obligatoria se manifiesta en un doble ámbito:

a) En relación con el marido de la hija dotada, el carácter oneroso viene afirmado generalmente por la doctrina catalana. Ya FONTANELLA nos decía que el marido adquiere la dote a título oneroso, a la manera que el acreedor recibe el crédito del deudor. Y tal consideración está en íntima relación con el Derecho romano, en el cual la dote se encontraba siempre allí donde pesaban las cargas del matrimonio. En este mismo sentido BROCA y BORRELL.

El carácter oneroso de la dote catalana se ve más claro si tenemos en cuenta su función normal dentro de un régimen de separación, en el que los bienes de la mujer no contribuyen directamente a sostener el peso de las car-

gas familiares (artículo 50 Compilación).

b) En relación con la hija dotada supone un anticipo obligatorio de la legítima. Ya RIPOLL nos decía que se trataba de un problema de legítima y en consecuencia -- los bienes sujetos a fideicomiso podían venderse para dotar si aquél estaba constituido a favor de los descendientes, y que en el caso de no pagarse la dote prometida, fallecidos el padre y el marido, los herederos de aquél, hermanos de la reclamante, deben pagar la dote con sus intereses, que son accesorios a la dote, y se deben pagar a la mujer. Y FONTANELLA señalaba que el carácter oneroso de la dote desaparece con respecto a la cantidad que excede de lo debido como legítima y que en Cataluña se considera la dote como onerosa en cuanto suele hacerse en virtud del derecho de legítima.

Y FAUS y CONDOMINES dicen que en Cataluña la dote ha marchado siempre paralela con las legítimas, hasta el punto que, en el lenguaje vulgar, se confunden o usan indistintamente ambos términos.

Que, desde el punto de vista de la mujer, se trata de un anticipo de la legítima lo demuestran los siguientes preceptos de la Compilación:

El 26-2, cuando establece que "Cesará para los padres la obligación de dotar si la hija incurre en algunos de los hechos señalados como causa de desheredación o de indignidad", que son precisamente los que el artículo 144-Comp. considera como causas de extinción de la legítima, salvo el de renuncia, que no se incluye en el art. 26 por-

las razones que se dirán, y el de prescripción porque el mismo precepto 26 en su párrafo tercero establece que la hija puede en todo caso y tiempo reclamar la dote.

El artículo 27 en cuanto señala el criterio para fijar la cuantía de la dote obligatoria teniendo en cuenta la legítima.

El art. 30 al disponer que la dote obligatoria será siempre de libre disposición, en relación con el art. 133 Comp.

El art. 132 que considera la dote imputable a la legítima de los hijos o descendientes.

Y late el carácter legitimario de la dote obligatoria en los siguientes preceptos de la Compilación: 10 en relación con el 65, que permite al cónyuge usufructuario pagar las dotes y legítimas de la herencia con los bienes de la misma; el 75-2 en relación con el 77-1 cuando dispone que "Los heredamientos se entenderán siempre otorgados, por parte del heredante, con reserva de la facultad de dotar y acomodar a sus hijos, por actos inter vivos o por causa de muerte ... a no ser que a estos fines el heredante hubiese excludido bienes del heredamiento, o señalado o asignado otros bienes o dinero, en cuyo caso solo podrá disponer de éstos"; el 115 que permite al cónyuge curador pagar dotes y legítimas.

Y por último es reveladora la relación existente entre los a. 26 y 126 Comp., pues ambos admiten el derecho a dote y legítima, respectivamente, a favor de hijas naturales en defecto de hijas legítimas.

3) El art. 1.341 C.c. no es aplicable a Cataluña, pues la Compilación regula expresamente los casos en que cesa la obligación de dotar, sin que sea lícito acudir al Código civil para integrar un precepto que tiene un campo de influencia perfectamente determinado, precepto que por otra parte ha de interpretarse de acuerdo con la tradición jurídica catalana. Y en este sentido ya FONTANELLA admitía que la mujer rica no pierde la legítima, y así se pronunció la Audiencia de Cataluña en sentencia de 24 de Julio de 1.577, que recoge PELLA y FORGAS, citado por LA LINDE.

4) Si el marido adquiere un derecho, concretamente a poseer, administrar y disfrutar de unos bienes (dote inestimada), o la propiedad de los mismos (dote estimada), si el marido es el beneficiario de la dote como proclama el art. 28 Comp., y había destacado la doctrina tradicional, si la dote se constituye para levantar las cargas del matrimonio y éstas pesan principalmente sobre el marido -- (artículo 50 Comp.), no puede sostenerse otra postura lógica que la posibilidad por el marido de reclamar sus correspondientes derechos."

(217)
E. ROCA dice:

"La no existencia de la dote supone para el marido en un régimen catalán una serie de dificultades pues, de acuerdo con la separación absoluta de bienes, tendrá que sostener las cargas del matrimonio exclusivamente con sus propios bienes, sin que contribuyan para nada los parafernales, como a primera vista parece. Por ello es de interés

examinar si puede el marido, con independencia de la mujer, reclamar del padre de ésta, la dote obligatoria.

El artículo 26 de la Compilación dice: "El padre está obligado a dotar a sus hijas legítimas" y el último párrafo afirma: "Ésta puede en todo caso reclamar su cumplimiento".

Ahora bien, la doctrina ha entendido siempre que la hija puede reclamar de su padre el cumplimiento de la obligación de dotar que la ley establece, pero no habla de si puede o no reclamarla el marido. BORRELL I SOLER afirma que durante el matrimonio el marido puede reclamar la dote por la actio ex stipulatu y cita para sostener su tesis una ley del Código de Justiniano que transcribimos, en la que no se trata concretamente de este punto.

FONTANELLA habla también de ello en su obra "De pactis nupcialibus", con las mismas consecuencias.

Ahora bien, en la dote hay que considerar un doble aspecto: en su aspecto hereditario, caso que no contempla esta definición, y en el económico, como aportación de la mujer al matrimonio.

a) En su aspecto hereditario o sucesorio la dote se puede considerar como un anticipo de la legítima paterna. Como tal la consideran el Código civil y la Compilación de Derecho catalán. El art. 26 de la Compilación, coincidiendo con el art. 1.341 del C.o., dice que consiste en la mitad de la legítima individual presunta. Por tanto, bajo este aspecto sucesorio, sería irreclamable por parte del marido, por ser un derecho personal de la mujer, como-

legitimaria.

b) Sin embargo, y aparte de este aspecto, que es muy importante, existe otro más importante todavía, y es el económico-matrimonial. La dote se constituye en favor de la hija que se casa, sustancialmente para ayudar al marido a sostener las cargas del matrimonio. Este aspecto es fundamental y aparece ya en los primitivos textos de Derecho romano, de modo que, según afirma GARCÍA GARRIDO, en los principios de Derecho Quiritario la dote supone una donación o aportación de bienes que la familia de la mujer hace a la del marido: en el Derecho clásico, sigue opinando el mismo autor, el objeto de la dote se considera como todo bien o entidad económica que produce una utilidad en el patrimonio del que la recibe; el mismo autor afirma que en la evolución que se efectúa de la dote en Derecho justiniano, ésta se considera formada "por los bienes aportados por la mujer al matrimonio y destinados a producir réditos con qué atender a las cargas matrimoniales, declarándose de interés público su constitución y estando destinada a subvenir las necesidades de la mujer y de los hijos".

Que la dote está destinada en la actualidad a -- atender las cargas del matrimonio está claramente expresado en el art. 30 de la Compilación, 2ª, en el que se declaran nulos los pactos que no permitan aplicar los frutos de la dote al levantamiento de las cargas matrimoniales.

Como consecuencia de este destino de los frutos de la dote, ya la legislación romana, y actualmente la Compilación, consideran al marido como su beneficiario, ya --

que se constituye a su nombre y él la administra, pero --
biendo sus frutos y debiendo aplicarlos al levantamiento --
de las cargas matrimoniales, en la misma proporción que --
los frutos de sus bienes propios; Diocleciano y Maximilia-
no establecen que si el marido permitió que los percibiera
la mujer, puede ejercitar acción, por haberse hecho ella --
más rica."

Y concluye: "Por tanto, por todo lo visto muy su-
cintamente hasta aquí, nos parece que el marido tiene un --
interés principalísimo en que se le constituya dote, ya --
que con ello ayudará a sostener a las cargas del matrimo-
nio. Sin embargo ¿qué ocurre cuando no se le ha constitui-
do, ni la mujer lo ha reclamado de quien tiene la obliga-
ción de hacerlo?; ya hemos dicho que no existe solución le-
gal para ello, ni tampoco jurisprudencial; una sentencia --
de 14 de Diciembre de 1.865 parece reconocer implícitamen-
te al marido el derecho a reclamarlo, puesto que dice: "El
mismo don José A. se ha creído siempre obligado a dotar a-
su hija, oponiéndose solamente a hacerlo en la cantidad --
que su yerno le pedía, fundado en que no sabía cuál era el
caudal existente"; y, en otro Considerando, afirma: "sobre
esto se hicieron pruebas, las cuales, estimadas por la Sa-
la, fijó la dote que juzgó proporcionada, sin que por la-
cantidad se hayan aducido leyes que se hayan creído infrin-
gidas".

En este punto encontramos una diferencia esen- --
cial entre el Derecho catalán y el Derecho común puesto --
que, en este último, los frutos de los bienes parafernales

se hacen gananciales y, por tanto, contribuyen directamente al sostenimiento de las cargas del matrimonio; el art.-1.401, dice en su pf. 3º: "Son bienes gananciales los frutos, rentas o intereses percibidos o devengados durante el matrimonio procedentes de los bienes comunes o peculiares de cada uno". Por tanto, el marido tiene ya una ayuda para soportar cómodamente las cargas matrimoniales en los frutos de los parafernales de la mujer; sin embargo, el régimen catalán, de separación, cuando no hay dote, lo único que ayuda al marido son los frutos de la dote y acudiendo a una solución equitativa, que no legal, afirmamos que el marido debe tener derecho a reclamar judicialmente, del padre de su mujer, la constitución de la dote obligatoria a su favor."

En el Derecho común, la doctrina casi nunca considera la posibilidad de que el marido pueda exigir la constitución de la dote obligatoria (CASTÁN, DE DIEGO, P.-BRUTAU, S. ROMÁN).

(218)
LACRUZ que es de los pocos que trata el problema, lo resuelve de una manera expeditiva, ya que lo considera como un derecho que pertenece exclusivamente a la hija, y puesto que desaparece o termina el derecho que el artículo 1.340 concede a la hija, si ésta tiene bienes propios equivalentes a la mitad de su legítima presunta, concluye que basta el acuerdo del padre o madre con la hija en el sentido de hacerle una donación de bienes antes o después del matrimonio, para que desaparezca el derecho a la dote obligatoria. Naturalmente esos bienes adquieren la

condición de parafernales por el juego de los artículos -- 1.336 y 1.381.

LACRUZ llega, en ese mismo lugar, a la consecuencia de que precisamente por esa declaración del art. 1.341 de que cuando la hija tiene bienes suficientes no subsiste la obligación de dotarla, que el padre no ha de cumplir la obligación de dotar constituyendo forzosamente una dote, -- sino entregando bienes a la hija voluntariamente aunque -- tengan la condición de parafernales.

A nosotros, conforme a nuestra manera de pensar, nos parece muy bien la conclusión de LACRUZ, desde un punto de vista nomotésico; y no vamos a romper lanzas ahora -- para defender un derecho del marido en una institución como la dote obligatoria, en desuso. Creemos que efectivamente es mejor que no se inmiscuya el marido en esta materia -- porque podría poner en peligro situaciones o derechos, que nos parecen, desde el punto de vista de la familia y del -- Derecho de familia, más importantes. Y no pretendemos revitalizar la dote obligatoria sino --exponiendo su regulación-- dejar claro cuan anacrónica es su existencia y que es una --reminiscencia más, de la inferioridad jurídica de la mujer soltera, que ha llegado hasta nosotros y que debe desapa -- recer.

Pero, a pesar de nuestra postura, en una exegesis razonable de los artículos que el Código dedica a esa institución, no nos parece tan clara la posición de LACRUZ.

Realmente si algún concepto puede darse de fraude de ley es con DE CASTRO ⁽²¹⁹⁾ el de "uno o varios actos --

que originan un resultado contrario a una norma jurídica y al o a los que se han amparado en otra norma dictada con distinta finalidad", o con CASTÁN⁽²²⁰⁾ "el de los actos que sin atacar directamente la ley, sirven de modo solapado para burlarla", y la idea común es que se comete fraude cuando amparándose en la letra de la ley se burla su sentido o su intención.

Pues bien, la razón de ser de la dote obligatoria como hemos visto es o ser un "adjutorium maritandum", o -- una ayuda para levantar las cargas del matrimonio, o una -- ayuda para-facilitar el matrimonio de las hijas. Y en cualquiera de los tres casos su existencia afecta a los derechos del marido. A éste no le es indiferente que los bienes de la mujer sean dotales o parafernales. Atribuirles -- por aquel acuerdo este carácter en detrimento suyo puede -- ser fraudulento.

El régimen, aun de los dotales inestimados y de los parafernales, tiene muchas diferencias; si los bienes-parafernales le son entregados al marido en administración (art. 1.384) las analogías son mayores en cuanto a la administración (art. 1.389) y la restitución (art. 1.391), pero ni la responsabilidad en los gastos diarios usuales de la familia es la misma (arts. 1.362, y 1.385, 2ª), ni el marido puede considerarse usufrutuuario de ellos (art. 1.357 comparado con los arts. 1.383 y 1.385, 1ª), y ni siquiera -- el régimen de los actos de disposición es el mismo (arts. 1.361 y 1.387). Pero si los bienes no le son entregados -- formalmente en administración, lo que además es la situa --

ción más frecuente, las diferencias son muchísimo más grandes. La administración la tiene la mujer (art. 1.384). Lo único que pasa, y esto puede ser una razón a favor de la tesis de LACRUZ, es que los frutos de los bienes parafernales, igual que los dotales son gananciales conforme al artículo 1.401,3^a. Entonces, indirectamente, y como consecuencia de la concurrencia de bienes dotales o parafernales con un régimen de comunidad los frutos de los bienes propios de la mujer terminan contribuyendo a levantar las cargas del matrimonio. Pero en cuanto a los mismos bienes la responsabilidad y afección es diferente (cfr. por ejemplo los arts. 1.425, 1.419,1^a, 1.410,3^a) e incluso respecto a los frutos de bienes parafernales y dotales el régimen tiene ciertas diferencias, a pesar de llegar a ser todos ellos gananciales (221).

De este somerísimo examen se deduce fácilmente que el marido sale perjudicado si no se constituye la dote obligatoria, aunque se acuda a la habilidad de hacerla aparentemente inexigible, sustituyéndola por una donación de bienes parafernales. Y si existe un derecho regulado por el Código, la constitución de dote obligatoria, y se conculca ese derecho, parece poder defenderse que uno de sus beneficiarios, el marido, que tiene un interés jurídicamente protegible y legítimo (222), pueda poner en marcha el procedimiento adecuado para que su derecho subjetivo sea respetado.

El problema, que nosotros sepamos, no se ha planteado ante el Tribunal Supremo, pero nos parece que con la

actual regulación de la dote obligatoria no sería descabellado defender esos derechos del marido. Más aún cuando hemos visto cuál es la idea que prevalece en Derecho catá --
(223)
lán .

8. La renuncia a la dote obligatoria.

El artículo 1.340 del Código civil reconoce a fa-
vor de las hijas un derecho, que por lo que llevamos dicho,
nos atrevemos a calificar de poco práctico y hasta relati-
vamente perturbador. La experiencia nos demuestra que ape-
nas si se hace uso de él, ni por las hijas ni por sus mari-
dos. En los casos en que algún asunto ha llegado al Tribu-
nal Supremo (224) el juego del artículo 1.341 ha hecho de es-
te derecho una facultad poco efectiva. Así las cosas, y en-
tretanto no sea eliminada esta institución, impropia de la
igualdad de derechos del hombre y la mujer solteros; inade-
cuada e insuficientemente regulada por lo que origina los-
problemas que ya hemos visto; y perturbadora e innecesaria
dentro de un régimen de comunidad de bienes, ya que su lu-
gar, si lo puede tener hoy, es un régimen de separación; -
¿puede desaparecer, mientras subsista su regulación actual,
por renuncia de la hija?

Es principio general que todos los derechos con-
cedidos por las leyes son renunciables, a no ser esta re-
nuncia contra el interés o el orden público, o en perjui-
cio de tercero (art. 4º C.c.) (225) .

No nos parece discutible que esta renuncia no va
hoy contra el interés o el orden público. Hubo una época -

en que pudo ser considerado de orden público que la mujer-tuviera dote; pudo ser de importancia social para ayudar a la celebración de los matrimonios, cuando el país necesitaba poblarse, o por razones de política demográfica. En este sentido la razón de que la mujer no permaneciera indota da podía considerarse "*magnae considerationis*" ⁽²²⁶⁾. Hoy -- francamente nos parece demostrado, aunque no existieran -- más razones, que las hay, por el desuso de la institución, que ésta no afecta al interés o al orden público.

El problema de la renuncia habrá que buscarlo -- por tanto, solo en dos campos: en el de la capacidad de la mujer, y en el de los derechos del marido.

La mujer puede renunciar a la dote obligatoria, -- antes o después de casarse.

La renuncia por la mujer soltera mayor de edad, -- no nos parece dudosa. Es plenamente capaz de adquirir o rechazar bienes a los que puede tener derecho.

El hecho de que se trate de un derecho futuro, o mejor, condicionado a un evento incierto: que llegue a contraer matrimonio, no debe dificultar esa renuncia. En este sentido nos parece que basta con argüir lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 1.271 del Código civil: "Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están -- fuera del comercio de los hombres, aun las futuras".

De ninguna manera puede considerarse esto un pacto o renuncia de la herencia futura. Ya hemos dicho que es muy discutible que en Derecho común pueda considerarse plenamente a la dote obligatoria como un anticipo de legítima.

Las referencias que el artículo 1.341 contiene a la legítima lo son como un medio de determinar la cuantía de la dote obligatoria. Es muy difícil configurar la dote obligatoria en derecho común como anticipo de legítima, cuando simplemente por el hecho de que la hija tenga bienes propios, -- cualquiera que sea su origen o clase, desaparece o se disminuye ese derecho a la dote obligatoria. Y no existe en el artículo 1.340 más causa de pérdida que la no obtención de la licencia paterna para casarse, sin que se contenga -- ninguna alusión a la pérdida de ese derecho por haber incurrido en causa de desheredación o de indignidad como sucede en el artículo 26 de la Compilación catalana (227).

Tampoco es argumento en contra que, lo percibido por este concepto, se deba imputar a la legítima, ya que -- ésta es regla general para todas las donaciones hechas a -- los hijos que no tengan el carácter de mejora (art. 819, -- párrafo primero); ni que haya que colacionar los bienes o valores que hubiese recibido el heredero forzoso del causante de la herencia, en vida de éste, por dote, donación u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de partición (art. 1.035).

En una palabra, la renuncia a la dote obligatoria por la mujer soltera mayor de edad, puede hacerse con la misma libertad con la que puede renunciar a cualquier otro derecho al que estuviera llamada, o igual que puede no aceptar una donación que le quisieran hacer sus padres u otra cualquier persona, y esto sin que prejuzgue sus futuros derechos en la herencia.

Y tampoco creemos que obste a este renuncia, el posible derecho futuro del marido posible, porque ni éste acredita ningún derecho cuando se hace la renuncia, ni lo puede reclamar al casarse, porque siendo la renuncia anterior no puede considerarse defraudado o perjudicado por -- una situación que puede conocer previamente, actuando en consecuencia, a la hora de contraer matrimonio.

En cambio no creemos que la hija soltera, menor de edad, pueda renunciar a ese derecho, sencillamente por aplicación del artículo 1.263, primero, de que los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento para contratar, y hasta si se quiere por aplicación analógica del artículo 992 que es uno de los pocos que hablan de la renuncia de derechos.

Y no cabe duda de que cualquiera que sea la conclusión a la que se llegue sobre la renuncia de herencia o de derecho por el padre que ostenta la patria potestad en nombre de su hijo ⁽²²⁸⁾ tampoco podría renunciar a la dote -- obligatoria el padre o madre, porque la oposición de intereses sería demasiado evidente.

En cuanto a la hija emancipada por concesión conforme al artículo 317, creemos que la solución nos debe venir dada por un estudio de la jurisprudencia existente.

En principio dados los criterios interpretativos actuales del artículo 317, y hasta la tendencia que empieza a manifestarse de anticipo de la mayor edad, habrá que considerar que la hija emancipada como puede regir su persona y bienes como si fuera mayor, y como la renuncia de --

ese derecho no se puede equiparar a la venta de bienes inmuebles podrá renunciar a la dote obligatoria.

(229)
CASTRO considera que la emancipación en nuestro derecho se caracteriza: 1º. Por equiparar al emancipado con el mayor de edad, con determinadas excepciones y limitaciones. 2º. Porque las restricciones que impone el artículo 317 tiene cada una su especial razón y ámbito, no pudiendo extenderse fuera de él.

Y aunque después al ir examinando los casos concretos dudosos que se pueden presentar, no hace referencia a la dote obligatoria, al estudiar la posible renuncia de herencia del menor emancipado (pg. 229) que es de mayor trascendencia, y cuya solución ha de ser sin duda ninguna aplicable generalmente al caso de la dote obligatoria, rechaza las opiniones contrarias de MUCIUS SCAEVOLA (230) y SÁNCHEZ ROMÁN (231), y concluye que no hay mayor peligro en la aceptación o repudiación de una herencia que en la celebración de los negocios que la doctrina considera permitidos al menor emancipado (232).

En conclusión parece que la renuncia por la mujer soltera capaz no presenta graves dificultades.

Puede darse el caso, sin embargo, de que la hija se case, antes de llegar a la mayor edad sin haber sido emancipada antes, o que casándose después de los veintinueve años, no haya renunciado a la dote obligatoria. ¿Puede hacerlo libremente después de casada, o necesita en este caso la licencia de su esposo?

En ambos casos nos encontramos ya dentro del ré-

gimen de aplicación del artículo 61 del Código, y como consecuencia la mujer no podrá obligarse ni enajenar sus bienes. Dada la amplitud de la exigencia o licencia para la mujer casada, y la aplicación analógica del artículo 995 que también aplica la necesidad de licencia a la repudiación de herencia, parece que no podrá la mujer casada renunciar a la dote obligatoria sin licencia de su esposo. Quizá esta solución no sea razonable desde el punto de vista de la libertad de la mujer casada, y del carácter de derecho personal que la dote obligatoria tiene, pero en el régimen vigente nos parece la más ajustada a Derecho.

Hasta aquí hemos examinado el tema desde el punto de vista de la capacidad de la mujer. Pero la existencia de esos derechos especiales del marido sobre los bienes dotales, distintos de los que le corresponden sobre los bienes parafernales ¿tendrán fuerza suficiente para impedir la renuncia de la mujer a la dote obligatoria?

Dada la posición que hemos mantenido, no cabe duda que el problema queda reducido a la renuncia por la mujer soltera. Si la renuncia la hace de casada necesita la licencia de su esposo, y como consecuencia si se presta ésta, tácitamente está prestado el consentimiento del marido a la renuncia de la dote, y por lo tanto no hay problema de que se haga en perjuicio de los derechos del marido, puesto que éste la ha consentido.

En cuanto a la renuncia por la mujer soltera, creemos que los derechos del marido, no son en este momento, ciertos, sino expectantes, ya que no se puede hablar de ma

rído ni de derechos de él mientras no exista el matrimonio. El puro proyecto de contraer matrimonio, en base al que na ce el derecho a la dote obligatoria, en el caso de que - - aquél llegue a tener lugar, no creemos que pueda incidir - sobre la libertad de decisión de la mujer en cuanto a su - posible dote obligatoria.

Esos derechos expectantes no nos parecen sufi -- cientes para entender que la renuncia sea en perjuicio de -- tercero, y por lo tanto ineficaz conforme al artículo cuar to del Código. Los derechos que no se pueden perjudicar -- por una renuncia son los derechos adquiridos por terceros, que podrían ser burlados por esa actitud negativa, normal -- mente de su deudor (en ese sentido los derechos que a los -- acreedores concede el artículo 1.111 del Código).

El posible marido futuro no tiene unos derechos -- cuando se hace por la mujer la renuncia en ese momento, y -- si se cree perjudicado por esa renuncia nada le obliga a -- casarse. Ni puede impugnar en ese momento la renuncia por -- que no tiene ningún título para ello entonces, ni será ra -- zonable entender que se pueda oponer a ella después de con traído el matrimonio, más aún cuando como hemos visto, ni -- siquiera es del todo claro que pueda él, aun como represen -- tante de su mujer, exigir la constitución de la dote obli -- gatoria.

9. Imputación de la dote obligatoria.

El artículo 1.343 dice: "Cuando el marido solo, -- o ambos cónyuges juntamente, constituyeren dote a sus hi --

jas, se pagará con los bienes de la sociedad conyugal; si no los hubiere, se pagará por mitad, o en la proporción en que los padres se hubieran obligado respectivamente, con los bienes propios de cada cónyuge. Cuando la mujer dotare por sí sola, deberá imputarse lo que diere o prometiére a sus bienes propios."

De acuerdo con su letra, y con el régimen, que ya hemos criticado antes, y que el Código civil parece imponer en cuanto a las personas obligadas a dotar la imputación de la dote se hará de la siguiente forma:

Si la dote la constituye el padre, que es la situación normal, dada la no existencia de posibilidad de opción ni de la hija, ni de acumulación de los dos patrimonios para la fijación de su cuantía ⁽²³³⁾ de acuerdo con el artículo 1.343, la dote se deberá pagar con cargo a los bienes de la sociedad conyugal, y si no los hubiere se pagará por mitad con los bienes propios de cada cónyuge. Que se pague en la proporción que hubieren establecido ambos padres es más raro porque si establecieron ese pacto, en verdad se puede considerar que la dote ha sido constituida por acuerdo de ambos, y hace tránsito al caso siguiente. Sin embargo podría darse, conforme al artículo 1.343, ese caso, si constituyendo la dote el padre solo, y con base a su fortuna, hubiesen establecido ese extraño pacto los cónyuges, bien en capitulaciones, bien fuera de éstas, aunque entonces nos encontraríamos con un contrato celebrado entre los cónyuges después del matrimonio.

Si la dote la constituyen ambos cónyuges conjun-

tamente se pagará también con los bienes de la sociedad -- conyugal, y si no los hay, por mitad, o en la proporción -- en que los padres se hubieren obligado, con sus bienes propios.

Si la dote la constituye la mujer por sí sola, -- la imputación se hace exclusivamente con cargo a los bienes de la mujer.

Si no fueren bastantes los argumentos sobre la --
no justificación actual de la dote obligatoria ⁽²³⁴⁾, bastarían las consecuencias absurdas de este precepto para poner en duda la conveniencia de una institución que tan defectuosa regulación tiene ⁽²³⁵⁾.

Las consecuencias de esas normas, ya señaladas -- en parte por LACRUZ, son las siguientes:

En el caso más frecuente de que la dote la constituya el padre, si hay bienes de la sociedad conyugal, la fijación de su cuantía no se hace en base a ellos; sino a la fortuna personal del padre, es decir en base a sus bienes propios mas la mitad de los gananciales existentes, pero sin embargo se paga con éstos. Hay que entender que en primer lugar.

Por tanto si los bienes propios del padre son -- muy cuantiosos, y los gananciales escasos, podrá darse el caso de que se consuman todos los bienes gananciales, en la dote de una o varias hijas, con el consiguiente perjuicio de la mujer que así ve desaparecidas sus expectativas sobre los bienes gananciales por causa de la gran fortuna de su esposo, lo cual no se compensa con derechos heredita

rios en ella, que ya sabemos que son solo en usufructo. Es decir la mujer ve desaparecer su expectativa de tener algún bien en pleno dominio en el momento de la disolución de la sociedad conyugal.

En cambio si los bienes propios del marido son escasos, el pago se hará con cargo a los gananciales que en este caso se verán mucho menos disminuídos.

Si por el contrario lo que no hay son bienes de la sociedad conyugal, pero el padre tiene bienes propios, subsiste la obligación de dotar por el padre, y en base a su fortuna, pero ya no se paga la dote con cargo a los bienes de la sociedad conyugal, ni tampoco con cargo a los bienes del dotante, sino con cargo a los bienes de los dos cónyuges por mitad, salvo que se hubieren obligado en distinta proporción.

Otra vez existe aquí un grave riesgo para la mujer cuyo patrimonio es inferior al del marido. Puede darse el caso de que, por la computación en base al patrimonio del padre, se consuma con la dote obligatoria todo el patrimonio propio de la madre, cuando el marido es rico, pero poco productivo o muy gastador (no existen gananciales, es decir no hay ni productos del trabajo, ni ahorro de las rentas). Con lo cual se desnuda a un santo: la esposa, para vestir a otro: la hija dotada, cuyos derechos parecen, en una visión actual del tema, dignos de menor defensa que los de la madre.

Si el marido no tiene bienes, el cómputo se hará con cargo a la mitad presunta de gananciales, y el pago se

hará con cargo a ellos.

En todos estos casos parece ser que sigue siendo el marido el obligado a dotar, y que la fortuna de la mujer no se tiene en cuenta. En cambio, con el Código en la mano, si no hay bienes propios del marido ni bienes gananciales; es decir si del muy poco patrimonio del padre pasamos a la falta total de él, entra en juego el artículo -- 1.340 y la obligación pasa a la madre.

Si los dos cónyuges conjuntamente son los que -- constituyen la dote no dice el Código si habrá que computarse la cuantía de la dote obligatoria, en base a la fortuna del padre o de ambos. Por el artículo 1.340 habrá que seguir entendiendo que la dote obligatoria se refiere solo al padre o a la madre, y que si se constituye por ambos en base a sus respectivas fortunas, en lo que exceda de la -- del obligado a dotar ya no es obligatoria sino voluntaria. Sin perjuicio de que aun en este caso es aplicable el artículo 1.343, y limitándonos a la dote obligatoria, creemos que la computación se ha de hacer en cuanto al padre, -- y que la imputación se hará primero con cargo a los bienes propios de los cónyuges por mitad, salvo que hubieran pactado otra proporción. En este caso de constitución conjunta se pueden producir los mismos efectos que cuando la -- constituye solo el marido, ya que el régimen de imputación es el mismo, pero al menos tiene conocimiento de ello la -- mujer por haber intervenido en su constitución.

En el caso de que el marido no tenga bienes ni -- existan tampoco bienes de la sociedad conyugal (tanto si --

no hay gananciales como si hay, por ejemplo, régimen de separación absoluta, tanto por pacto como por imposición legal, o determinación judicial), la obligación de dotar pasa a la madre, y lo mismo en el caso de que fuera viuda.

Es decir que la madre es la obligada a dotar, -- conforme a los criterios más seguidos por la doctrina de -- que la madre solo debe dotar en defecto del padre, en los siguientes casos:

1. Cuando el padre no exista, o haya muerto antes de que se esté en situación de constituir la dote obligatoria. No puede darse en el caso de que no se conozca -- quién es el padre porque la dote obligatoria solo se acredita por las hijas legítimas. Estamos, pues, en el caso de madre viuda, que tiene por tanto la patria potestad.

2. Cuando el padre no tenga bienes de ninguna -- clase, ni propios ni gananciales, y en cambio la madre tenga bienes. En este caso la obligación recae sobre la madre. Así opinan CASTÁN⁽²³⁶⁾, LACRUZ⁽²³⁷⁾ y PUIG BRUTAU⁽²³⁸⁾.

Estos son los dos casos claros en que la obligación recae sobre la madre. Hay además otros casos no tan evidentes que podemos considerar.

3. LACRUZ cree que si el padre tiene algunos bienes, pero la madre tiene medios económicos mayores que él, puede dirigirse a ella la hija para que la dote. Y PUIG BRUTAU sigue esta opinión citando a LACRUZ. La razón de este criterio es que tal fue la solución histórica y es aún la solución del artículo 26 de la Compilación de Cataluña. Sin embargo, en nuestra opinión será muy difícil sustentar

este derecho de la hija con la regulación que contiene el Código civil.

4. En los casos en que el padre haya perdido la patria potestad que haya pasado a la madre, en los supuestos de los artículos 169, 170 o 171 del Código civil, se podría pensar que la preferencia u orden que el artículo 1.340 establece se altera para recaer la obligación sobre el que ostenta la patria potestad ⁽²³⁹⁾. La solución, sin embargo, no nos parece evidente, porque significaría una sanción indirecta para la madre, ya que recaería sobre ella la obligación de constituir la dote, y la debería pagar con sus bienes propios. Como esta solución es absurda habrá que entender o bien que en este caso se aplicaran a la madre los mismos criterios que para el padre establece el artículo 1.343, o bien la solución que nosotros preferimos: que solo pasará a la madre la obligación de dotar -- cuando no solo pase a ella la patria potestad sino también la administración de los bienes de la sociedad conyugal -- (vgr. en casos de separación, ausencia del marido, etc.), -- en cuyo caso como la mujer es el administrador de la sociedad conyugal la dote constituida por ella se deberá pagar conforme al artículo 1.408, 1º, en primer lugar con cargo a la sociedad de gananciales.

En los dos casos primeros, conforme al art. 1.343, la dote debe imputarse solo a sus bienes propios, lo cual no parece injusto porque si el marido ha muerto, ni puede haber gananciales ni patrimonio del marido, y si no tiene ninguna clase de bienes solo se podrá imputar a los de la

esposa. Queda la duda de si se podrá imputar a los que en el futuro pueda adquirir, pero el artículo 1.343 no da base para ello.

En cambio cuando la madre sea obligada a dotar -- en alguno de los casos que hemos examinado en tercero y -- cuarto lugar, sobre todo en este último, la solución del -- Código civil de que se impute con cargo a sus bienes propios es totalmente injusta, ya que debería hacerse la imputación por un sistema idéntico al previsto para el padre -- dotante, es decir: bienes de la sociedad conyugal, y en su defecto con los de ambos cónyuges. Sin embargo, la expresión del Código es la de que se debe imputar siempre que -- la mujer dote por sí sola, con cargo a sus bienes propios.

(240)
LACRUZ dice que es injusto que la madre tenga que constituir la dote de su peculio aunque haya gananciales, y que siendo la dote una carga del matrimonio, y -- teniéndose que pagar los gastos de educación y mantenimiento de los hijos proporcionalmente por los cónyuges (conforme a los arts. 1.434, 50, y 145 C.civil), también debe aplicarse a la dote la misma solución. Y poco antes critica la solución del art. 1.343 de que cuando haya sido la dote -- constituida por el marido y no haya gananciales pueda obligar el marido los bienes propios de la mujer, estimando -- que en ese caso se debe pagar la dote con los bienes exclusivamente del marido, lo cual encaja además con el art. -- 1.046 que ordena colacionar la dote hecha por uno solo en su herencia, y la hecha por los dos por mitad en la herencia de cada uno.

No cabe duda que las soluciones de LA CRUZ son -- más razonables que las que se deducen del precepto del Código civil. Lo que pasa es que no son fáciles de sostener. Quizá la interpretación conjunta con el artículo 1.046, y una interpretación muy generosa de la frase "la mujer dota re por sí sola" del artículo 1.343 podrían conducir a entender que cuando la mujer dota subsistente la sociedad -- conyugal, haya o no gananciales, porque o bien ostente la patria potestad, o bien le haya correspondido la administración de la sociedad, no dota por sí sola, y por lo tanto, no debe imputarse solo a sus bienes propios, sino a -- los de la sociedad conyugal o a los de los dos cónyuges.

En conjunto del examen de este precepto, 1.343 -- del Código civil, que ni siquiera hemos pretendido hacerlo exhaustivamente, se ve claramente la insuficiencia y des -- acierto, o descuido, de la regulación de la dote obligatoria.

Esta institución, sacada de sus moldes sociales -- y jurídicos, es perturbadora o inoperante. Y cuando ha des -- aparecido la organización de la familia romana, la incapacidad de la mujer, el régimen de separación como régimen -- legal, la existencia real de la dote voluntaria y del régi -- men dotal, la falta de productividad de la mujer como elemento de trabajo, la superior importancia de la hacienda o del patrimonio sobre el trabajo, y la necesidad de ayudar -- a las mujeres con un patrimonio para que se puedan casar, -- mantener una institución que nació arropada por todas esas circunstancias, parece absolutamente desaconsejable.

Este examen de la regulación de la dote obligatoria, quizá un poco prolijo pero desde luego ni aun así completo (ya que las disfunciones de una institución tan anacrónica con el resto de nuestro, tampoco muy actualizado, Código civil, son todavía más que las expuestas), nos ha puesto de relieve, también desde un punto de vista jurídico, la inconveniencia de su regulación actual, tanto por lo confusa como por lo inadecuada, solo obviada por su desuso.

Si la dote obligatoria se mantuviera, debería regularse de manera diferente, pero en realidad lo que exigen los principios fundamentales de nuestro derecho privado que declaran la igualdad por razón del sexo entre el hombre y la mujer solteros, es la eliminación de esta institución diferenciadora que no se basa en la naturaleza, sino en las superadas concepciones de la inferioridad de la mujer.

7. DERECHOS ESPECIALES DE LA VIUDA.--

Nuestro Código civil conserva dos preceptos que significan una diferencia de trato por razón del sexo para el viudo o la viuda.

El artículo 1.374 ordena que sin cargo a la dote se entregue a la viuda el lecho cotidiano con todo lo que lo constituya y las ropas y vestidos de uso ordinario de la misma, y el 1.427 ordena que se pague del caudal de la herencia el vestido de luto para la viuda, de acuerdo también con lo que dispone el art. 1.379 al final que dice --

que "En todo caso se pagarán a la viuda del caudal de la herencia, los vestidos de luto".

El primero de estos dos preceptos se enmarca en la restitución de la dote y el segundo en la sección que trata de la liquidación de la sociedad de gananciales, pero ambos parecen responder a una misma idea: que hay que retirar antes de entrar en las cuentas de la restitución de la dote, o en las de la liquidación de los gananciales, unos objetos especiales por razón de la condición de la viuda, del respeto de su persona y por la especial situación de la mujer en la sociedad.

El beneficio que se hace a la mujer con estas normas es puramente simbólico. Dejar que retire el lecho cotidiano y sus ropas y vestidos de uso ordinario y que no se le compute esto en la restitución de la dote, parece casi una atención sin contenido económico. Ciertamente es que, aunque por fortuna sean cada vez menos los casos, hubo épocas en que se pudo discutir por el lecho cotidiano y por los vestidos de uso ordinario. Pero hoy parece que esto no ha de ser considerado sino como una atención a su condición femenina. La excepción es cierta casi solo en cuanto al lecho, porque las ropas y vestidos de uso ordinario, aunque se hayan adquirido con dinero ganancial se vienen considerando como objetos propios del que los usa, sin que nunca se incluyan en el patrimonio del causante ni en el ajuar de casa, y esto tanto se trate de fallecimiento del marido, como de fallecimiento de la mujer.

La trascendencia de la norma es pues escasísima,

sobre todo referida solo a las ropas y vestidos, y además de uso ordinario, con lo cual se deben entender excluidas las cosas de verdadero valor y no consumibles por el uso -- como alhajas o adornos que no sean ropas y vestidos. Sin embargo no cabe duda que toda clase de ropas o vestidos, -- incluso pieles u otros materiales están incluidos en la norma, aunque valgan algo más, con tal que sean de uso ordinario. Y en cuanto a ese valor debe tenerse en cuenta -- que el gasto se realizó al adquirirlo, sin que estos bienes aunque sean de alto costo conserven su valor ya que su depreciación es inmediata con el uso.

La trascendencia en cuanto al lecho cotidiano -- es, económicamente hablando, aun inferior. En el solo supuesto de que el mueble tenga un valor artístico, puede tener alguna repercusión. Y tanto en uno como en otro caso -- se puede decir que es una pura reminiscencia histórica.

Si cabe, más anacrónica aún, es la otra norma, -- la de que se paguen en primer lugar del caudal los vestidos de luto. Parece que no es que la mujer tenga derecho a una cantidad para vestirse, sino solo para vestirse de luto. Entrar a analizar el precepto es meternos en las curiosísimas costumbres que tanto tiempo duraron y que en algunos lugares han llegado hasta nosotros. Ni la economía actual ni las costumbres de hoy, con el, cada vez más reducido uso del luto, justifican entrar en el análisis de estos preceptos que son verdaderas reliquias.

No por discriminación o vejación para la mujer, -- que nunca tuvieron este sentido, sino por anacrónicos y po

co prácticos, deberían haber desaparecido estos preceptos con la reforma de 1.958. Ciertamente es que tienen un valor romántico y sentimental, pero no parece esta razón bastante para mantenerlos en un Código civil, y la verdad es que -- con una equiparación de derechos entre hombre y mujer no -- hay justificación para mantener esas diferencias que si -- bien pretenden ser beneficiosas para la mujer, casi lo que hacen es consagrar su inferior condición económica y social dentro de la familia.

8. OTRAS DISPOSICIONES DEL CÓDIGO CIVIL.--

Aparte de las citadas, queda en el Código civil otro precepto aislado que establece una diferencia entre hombres y mujeres por razón del sexo. Es un precepto sin ninguna trascendencia, y solo fruto del criterio general -- que el Código tenía de en caso de igualdad de circunstancias entre hombre y mujer preferir siempre a aquél por el hecho de serlo.

Nos referimos al artículo 1.066. En el caso de partición hereditaria cuando un mismo título -- documento o escritura -- se refiere a varias fincas que se adjudiquen a diversos coherederos, o cuando aunque se refiera a una finca ésta se haya dividido entre dos o más herederos, se -- plantea la cuestión de a quién se debe entregar ese título original.

El Código lo resuelve con una norma de buen sentido; el título quedará en poder del que tenga mayor interés en la finca o fincas a que se refiere el título, y se faci

litarán a los otros herederos copias fehacientes a costa - del caudal hereditario, e incluso se impone al que lo conserva la obligación de exhibirlo cuando los demás interesados lo pidieren.

Lo que pasa es que a continuación introduce la - norma discriminatoria, que en verdad en este caso no tiene ninguna importancia práctica, sino es la de consagrar esa inferioridad de la mujer. En caso de que el interés fuera igual, se prefiere al varón sobre la mujer, y si hay más - de uno al de mayor edad. Naturalmente que no hay razón específica para esta norma; ni los varones conservan mejor - el título ni cumplen mejor las obligaciones de exhibirlo; sencillamente la norma es un reflejo más de que el varón - es de mejor condición ante el Derecho, que la mujer. Cier - to es que los casos de igualdad absoluta de alguna manera - se tienen que resolver, y el Código no quiere dejar normas incompletas; y en ese sentido se puede justificar el pre - cepto. Pero cierto es también que la igualdad entre cohere - deros debe ser completa y no intervenir para nada el sexo - en la graduación de los derechos, y que el criterio de la - mayor edad, utilizado como norma subsidiaria, bastaría pa - ra resolver el caso sin tener que hacer de inferior condi - ción a la mujer que al hombre.

Por último hay otros preceptos, no ya en el Códig - go civil, pero que pertenece enteramente al Derecho civil. Son el artículo 58 de la ley de Arrendamientos Urbanos, y - el 59 que aplica por remisión los criterios u órdenes de - prelación contenidos en aquél.

Ya sabemos que en el caso de fallecimiento del inquilino titular de una vivienda, existe un derecho de subrogación o sucesión en el contrato de arrendamiento. Para ejercitar ese derecho establece la Ley de Arrendamientos Urbanos unas órdenes o preferencias entre las personas de la familia. Este orden es el siguiente:

- 1º. El cónyuge.
- 2º. Los descendientes.
- 3º. Los hijos adoptivos.
- 4º. Los ascendientes.
- 5º. Los hermanos.

Pero aparte de este orden de llamamientos, establece unas preferencias para cada grupo si hay varias personas en igual situación.

a) Entre los descendientes da preferencia en igualdad de grado a los hijos varones menores de edad, las hijas solteras y los mayores impedidos físicamente.

Los criterios que parece haber seguido la Ley vienen determinados por una mayor necesidad de protección. Es decir si una persona que tiene un piso alquilado muere, se reconoce la posibilidad de seguir en el piso a los más necesitados. (No olvidemos la ratio legis general de esa ley que fue la falta de viviendas y la dificultad de encontrar pisos en alquiler). Y para determinar los que parecen más dignos de seguir en el piso, la ley atiende a tres criterios: la edad, el sexo unido a la soltería, y la enfermedad.

La verdad es que la ley ha tenido en cuenta a --

las personas que sería más peligroso echar del piso : los hijos menores, las hijas solteras, los enfermos; a las personas que más íntimamente dependían del inquilino.

Ya hay en esta enumeración una cierta discriminación, no en contra, sino en favor de la mujer. Mientras -- los hijos varones para tener preferencia han de ser menores de edad, las mujeres tienen la misma preferencia aunque sean mayores de edad, con tal que estén solteras. Es decir hay aquí un privilegio al sexo basado en la idea típica de la mayor debilidad e incapacidad de la mujer para sostenerse por sí misma aunque sea mayor de edad. Es una norma que debería desaparecer idealmente, si el hombre y la mujer estuvieran de verdad equiparados jurídica y socialmente; pero no es que por ella merezca una crítica severa el legislador; en realidad él, prácticamente, ha actuado con buen criterio. Las mujeres solteras aunque sean mayores de edad, suelen vivir en la casa paterna con más frecuencia que los hombres.

La evolución social va modificando esto, pero en la época en que se dicta la Ley de Arrendamientos Urbanos, y aun hoy todavía, aunque cada vez menos, las mujeres solteras tienen unas posibilidades económicas inferiores a las de los hombres, y mientras la igualdad social no se consiga se comprenden las normas protectoras del tipo de la que comentamos.

En este precepto, por falta, probablemente, de tecnicismo o atención, hay sin embargo una consecuencia de la norma que no parece justa. Entre los que gozan de prefe

rencia están los hijos varones menores de edad, aunque estén casados, y en cambio están excluidas las hijas menores de edad casadas. La diferencia no tiene ninguna razón de ser, pero es debida probablemente a un error de redacción. En buena lógica los hijos, varones o hembras, casados, no deberían tener esa preferencia, sino que deberían tener su casa propia, y en el caso que prevé el precepto de convivencia con el padre inquilino deberían ser tratados igual los hijos, sean varones o hembras.

b) Entre los hermanos, da preferencia a las hermanas solteras. Es decir vuelve a establecer un privilegio por razón del sexo femenino, unido a la soltería. Privilegio basado sin duda de nuevo en la idea antigua, pero subsistente en la realidad, del mayor desamparo y debilidad de la mujer.

Por último y para el caso de que, a pesar de todas esas clasificaciones, haya varias personas en igualdad de condiciones, el párrafo 2 del mismo artículo 58, resuelve esa situación dando preferencia al grado más próximo, a la legitimidad, al doble vínculo de consanguinidad, y por fin en caso de que todas esas situaciones no resolvieran el empate, da prioridad "al que tuviere mayor número de cargas familiares, con prioridad del sexo femenino".

No se ve claro si hay de nuevo dos criterios de preferencia: las cargas familiares y el sexo, o los dos datos deben servir juntos para determinar la preferencia. --
(241)
Nos inclinamos por la primera interpretación y por tanto el sexo femenino vuelve a tener aquí un privilegio o --

preferencia, pero en verdad de poca trascendencia al utilizarse en último grado.

De todas maneras este artículo 58, dictado ya en una época más reciente, es una muestra más de la subsistencia, en buena parte justificada por corresponder a una realidad social de que la mujer se encuentra más desamparada o menos independiente económicamente que el hombre, que es deseable que cambie, pero que aún no ha llegado a la equiparación entre la condición del hombre y de la mujer. La eliminación de discriminaciones o privilegios para la mujer soltera por razón del sexo es un imperativo del principio de la equiparación de derechos, pero para que sea totalmente posible es sin duda necesario que la realidad social sobre la que la norma actúa permita obtener resultados de justicia con esa norma igualitaria.

- - - - -

VIII.- LA INFLUENCIA DEL SEXO EN EL DERECHO FORAL. ESPECIALIDADES DE LA MUJER SOLTERA O VIUDA.

Siguiendo el sistema que nos hemos impuesto, vamos a tratar de dejar para la segunda parte de este estudio el peculiar régimen de la mujer casada, en el que hay notables diferencias, sobre todo en alguna región, y limitarnos a recoger las particularidades de la mujer soltera o viuda; es decir las que se basan exclusivamente en el se
xo.

a/. Compilación de Vizcaya.

En la Compilación de Vizcaya, ley de 30 de Julio de 1.959, solo encontramos una norma: la del artículo 41, - que dice: "El régimen de bienes en el matrimonio, una vez -
contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o -
adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del -
marido de la cualidad de vizcaíno infanzón".

En realidad la Compilación aquí no hace sino seguir el criterio del Código civil en su artículo 1.325 referido a los matrimonios entre español y extranjero, de --
que el régimen conyugal de bienes supletorio es el del marido, y del artículo 15 C.c. en su párrafo penúltimo en re

lación con el artículo 21 y 23, tercero, sobre nacionalidad. Es la misma preferencia que la legislación común tiene para la nacionalidad o regionalidad del hombre sobre la de la mujer por aquel principio de la unidad familiar, que si en materia de nacionalidad no es indisoutible, mucho menos fuerza tiene en el ámbito regional. De todas formas el precepto no es discriminatorio, ya que deja a los que se van a casar que hagan libremente sus capitulaciones, y en la necesidad de optar por un régimen supletorio, cuando la mujer no ha hecho uso de ese derecho a pactar que le reconoce, prefiere el del varón.

En favor de la Compilación hay que decir que el artículo 40 aclara que el cambio de regionalidad por el marido, voluntaria o involuntariamente, no significa modificación del régimen de bienes del matrimonio, sino que éste permanece inmutable.

b/. Compilación de Baleares.

En la Compilación de Baleares, ley de 19 de Abril de 1.961, hay un mejor trato para la esposa que en el Derecho común. El artículo 4 dice:

"En régimen de separación de bienes cada cónyuge retendrá el dominio y administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir proporcionalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio.

Tanto el marido con relación a sus bienes privativos, como la esposa con respecto a los parafernales, tie

nen la plena facultad para ejecutar cualesquiera actos o negocios de adquisición, administración, enajenación, gravamen o disposición, y gozarán de plena legitimación activa o pasiva para su gestión y defensa, sin necesidad de -- que en el ejercicio de tales facultades medie licencia, intervención o consentimiento del otro cónyuge.

Serán válidos en dicho régimen los actos y contratos que celebren entre sí los cónyuges a título oneroso. En caso de impugnación judicial, la prueba del carácter -- oneroso corresponderá a los demandados.

La mujer casada puede salir fiadora de su marido y obligarse mancomunadamente con él."

Pero por referirse a la mujer casada pasamos por alto esta norma, que citamos solo por lo que de predisposición de igualdad de los sexos supone.

El artículo 5 y el 67 mejora también el Código civil al eliminar la dote obligatoria, cuya crítica ya queda hecha. La constitución de la dote ha de ser siempre voluntaria.

En cambio hay una norma clara y gravemente discriminatoria en el artículo 76 que se refiere a las disposiciones especiales aplicables en las Islas de Ibiza y Formentera. El art. 76 dice: "Instituído heredero en espolito el hijo varón, no pueden representarle, sin perjuicio de sus derechos legitimarios, sus hijos o descendientes, si -- aquél premuere al heredante, es incapaz o indigno para sucederle o repudia la herencia. En estos supuestos se entenderá llamado el hijo varón que le siga en edad, o, en su --

caso, la hembra mayor habida del matrimonio que sea hábil para suceder al heredante"; y esta preferencia de los varones sobre las hembras en materia tan importante como la sucesoria es gravemente perjudicial para las mujeres.

c/. Compilación de Galicia.

En la Compilación de Galicia, ley de dos de Diciembre de 1.963, no hay ninguna norma diferenciadora de los derechos de hombre y mujer solteros. Al contrario hay una norma que reconoce la igual condición de hombre y mujer en la "Compañía familiar gallega"; es el artículo 47, que incluso extiende esta igualdad al hombre y mujer casados cuando dice "La mujer casada tiene personalidad propia y es, con relación a la Compañía, de condición igual a su marido".

d/. Compilación de Aragón.

En la Compilación de Aragón, ley de ocho de Abril de 1.967, son muy pocas las diferencias para la mujer soltera o viuda.

La mayoría de los preceptos significativos o diferenciadores con el régimen común se refieren a la mujer casada. Como consecuencia, dejamos su análisis detenido para más adelante. Pero de un examen conjunto se aprecia una mayor consideración para la mujer que en el Derecho común.

Son soluciones más favorables que las que da el Código civil las de los siguientes preceptos: el 9, que reconoce que la autoridad familiar respecto de los hijos co-

responde a los padres, conjunta o separadamente, según -- los usos sociales y familiares, dando la decisión, en caso de divergencia, al padre. Es una solución que se acerca a la patria potestad conjunta del Derecho alemán y otras leyes recientes. Y es importante en el caso de mujer soltera con hijos, pues la redacción del artículo 9 impedirá los inconvenientes del párrafo segundo del artículo 154 del Código civil, además que dentro de los amplios términos de la frase "según los usos sociales y familiares", se podrán resolver casi todos los problemas de situaciones absurdas para la madre soltera que con el Código en la mano son casi insolubles.

El artículo 7, segundo, que en el caso del marido ausente concede a su mujer, posible viuda, la misma posición que aquél tenía respecto del patrimonio conyugal. Solución más generosa que la de los artículos 184 y siguientes del Código civil.

El artículo 14, que concede la representación legal del hijo menor de 14 años al padre o madre que tenga la autoridad familiar, sin establecer una graduación apropiada como hacen los artículos 155 y 156 del Código. Norma también muy importante en el caso de hijos naturales reconocidos por la madre primero y por el padre después.

Los artículos 16 y 19 que establecen un criterio para seleccionar entre varios tutores nombrados, o para formar parte del Consejo de Familia, mucho más acertado y menos discriminador que el del Código civil.

Los artículos 42, 2 "Igual responsabilidad alcan-

za a los bienes comunes por gestión de la mujer que ejerza industria, comercio o profesión, o legalmente administre", y 48 "1. El marido es el administrador de la comunidad.-2. La mujer participa en la administración con las facultades necesarias para el buen gobierno del hogar.- 3. Las funciones de administración de la comunidad pasan íntegras a la mujer, cuando el marido resulte incapacitado o desaparezca de su domicilio, aun dejando representante, y en los demás supuestos del artículo 1.441 del Código civil", tienen también un criterio respecto a la posición de la mujer dentro del matrimonio mucho más amplio que el Derecho común, y la misma significación tiene que el artículo 137 autorice a la mujer casada para aceptar la herencia sin necesidad de la licencia de su esposo.

Esta mayor igualdad de los sexos se refleja asimismo en los pocos preceptos que se refieren específicamente a la mujer soltera o viuda, quedando únicamente como estrictamente discriminatorios dos preceptos referentes a la tutela y a la Junta de Parientes.

El artículo 57 "1. El cónyuge sobreviviente de - traerá de los bienes comunes, como aventajas, sus ropas de uso y llevar, sus instrumentos de trabajo de un valor no - desproporcionado al patrimonio consorcial, y ajuar de casa en consonancia con el tenor de vida del matrimonio; además de cualesquiera otros bienes que, como tales aventajas, le conceda la costumbre local.- 2. El derecho a la aventaja - es personalísimo y no se transmite a los herederos", que - reconoce al cónyuge sobreviviente las aventajas forales, -

trata igual al viudo que a la viuda, mejorando con esto -- los anacrónicos preceptos 1.379 y 1.427 del Código civil.

Y el artículo 65 "El cónyuge supérstite es el -- gestor administrador de la comunidad continuada. En dicha función deberá prestar su actividad adecuadamente a sus -- circunstancias personales y a la índole del patrimonio. A los partícipes que reciban alimentos o sean atendidos con cargo a la comunidad, se les podrá exigir una colaboración similar", equipara asimismo en la comunidad continuada al viudo que a la viuda.

En cambio son discriminatorios el artículo 10 -- por la remisión que contiene al Código civil para los llamamientos de la tutela legítima, y el artículo 20,2 que -- prefiere para la Junta de Parientes a los parientes más -- próximos, con preferencia, en igualdad de grado, del varón sobre la hembra.

e/. Compilación de Cataluña.

En la Compilación de Cataluña, ley de 21 de Julio de 1.960, se refleja también en general un mejor trato para la mujer casada que en el Derecho común. No nos interesa aquí el análisis de esta idea, reflejada sobre todo -- en los artículos 7 y 49 y en que el régimen supletorio sea el de separación de bienes, sino en cuanto es consecuencia de una mayor igualdad de derechos de ambos sexos.

En la Compilación catalana respecto de la mujer soltera, encontramos muy pocos preceptos que establezcan -- diferencias con el hombre. Es una situación semejante a la

del Derecho común; las diferencias son pocas, pero alguna queda, fruto del mantenimiento de situaciones antiguas y superadas hoy socialmente, pero que tienen más explicación en las regiones forales que en el Derecho común por la fuerza que el derecho consuetudinario tiene en aquéllas.

El artículo 116, que contiene las normas o privilegios locales del Pallars Sobirá u otras comarcas con costumbres semejantes, establece para determinar quiénes han de ser los parientes más próximos que elijan heredero, la preferencia del varón sobre la hembra, preferencia poco importante, pero injustificada, como hemos repetido. Más grave es la prelación que establece la regla 2ª de que salvo disposición contraria del causante, no podrán dichos parientes elegir hembras, salvo si no hubiese varones; reminiscencia de la prelación de la masculinidad en la sucesión, que encierra una enorme injusticia, y que ha desaparecido de todos los Derechos peninsulares. Claro es que el testador puede haber establecido otras prelaciones, pero en defecto de ello, rige esa anticuada y discriminatoria norma.

Los artículos 126, 128 y 249 establecen un régimen distinto para los hijos naturales respecto de la madre y del padre. Mientras los hijos naturales son siempre legítimos respecto de su madre, no lo son respecto de su padre sino en el caso de que éste al morir no deje hijos o descendientes legítimos o adoptivos; y en la sucesión intestada se equiparan en la de la madre a los hijos legítimos, y en cambio en la del padre vienen después de descendientes legítimos, hijos adoptivos o descendientes legíti-

mos de éstos, y ascendientes. En compensación, la madre es legitimaria respecto de sus hijos naturales reconocidos, - si no dejan éstos descendientes, y en cambio el padre solo lo es si los hubiese atendido en medida superior a la deuda legal alimenticia que es su única obligación legal conforme al artículo 127.

Aparte de ello y de la influencia del D. Romano- y Canónico, uno de los autores de la Compilación, R. FAUS, en la conferencia "Sentido Ético y Progresivo de la Compilación", publicada junto con otras por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en 1.961, nos dice -- que la Compilación ha tratado a los hijos naturales y legítimos con generosidad, en comparación con el estado de derecho anterior, mejorando sobre todo la condición de los - hijos naturales respecto al padre que era en el derecho anterior muy desafortunada.

El por qué de esta diferencia está probablemente en la mayor proximidad del hijo natural con su madre que - con su padre. A esto debería corresponder un tratamiento - paralelo en cuanto al ejercicio de la patria potestad por la madre, aun en el caso de que el padre reconociera al hijo si no existía una atención similar a la de la madre, pero sobre ello no aparece ninguna norma específica en la -- Compilación.

El artículo 321 contiene un conocido beneficio - para la mujer, que se extiende a la soltera, y que carece hoy de justificación. Es la adaptación al momento actual - del Senado Consulto Velejano. El precepto dice así:

"La mujer no quedará obligada, en virtud de fianza o intercesión por otro, pudiendo repetir como indebido lo que hubiere pagado o cumplido por ello.

No gozarán de este beneficio: las mujeres que -- afianzaren o intercedieren mediante remuneración o compensación proporcionado u obrando con dolo, las que ejercieren el comercio y las que, después del afianzamiento llegaren a ser deudoras principales de la obligación.

Este beneficio será renunciable de modo expreso en todo momento."

La justificación de esta norma es la necesidad -- de proteger a la mujer de su ligereza o inexperiencia, que la llevaría a interceder sin reflexión y con grave perjuicio de su patrimonio.

El mantenimiento en la actualidad de una norma -- como ésta no se tiene de pie y ha dado lugar a numerosas --
(242) críticas

(243)
LATORRE reconoce que es difícil defender hoy seriamente esta norma. "La debilidad o ligereza de la mujer (la imbecillitas sexus) como razón de una inferioridad jurídica aunque sea con el pretexto de una "protección" -- pugna hoy no solo con la tendencia de la sociedad actual a la equiparación de ambos sexos en la vida jurídica, sino -- también con preceptos tajantes de nuestro Derecho positivo
(244) que condena toda discriminación por ese motivo"

Sin embargo, aquí como en Derecho común, y a pesar de ir contra normas que pudiéramos considerar de rango superior, no se puede pretender que esa norma, el artículo

321, sea nula, anticonstitucional o esté derogada. Lo único que se puede hacer es lo que ha hecho la doctrina catalana: tratar de reducir en lo posible los efectos del precepto contrario a la equidad, o entenderlo en la forma que resulte más adecuada a las necesidades y convicciones actuales, mientras no se consiga que se derogue el precepto; y desde luego abogar por que esto se haga. Entretanto no sea así el problema se va resolviendo en Cataluña usando de la posibilidad de renunciar el beneficio que concede el último párrafo del artículo 321; si bien con el inconveniente de que la renuncia ha de hacerse de modo expreso y no puede ser tácita ⁽²⁴⁵⁾.

En lo que existe en Derecho catalán un régimen muy peculiar y claramente diferenciador entre hombre y mujer por razón puramente del sexo, y no del estado, es en la regulación de los derechos de la viuda.

La viuda goza, por la tradición romana y consuetudinaria, de una posición muy privilegiada en relación al viudo. Conseguir aquí una igualdad de derechos entre hombre y mujer es, dadas las características de los regímenes forales y la celosa defensa que de sus peculiaridades se hace, prácticamente imposible. En este punto, al menos, no es previsible una igualación de derechos entre hombre y mujer en un momento cercano. Con la peculiaridad de que aquí la discriminación no es generalmente para la mujer, sino que ella es, en la mayoría de los casos, la beneficiada.

En efecto el artículo 19: "Son de propiedad de la mujer los vestidos y ropas de su uso personal, aunque -

hayan sido adquiridos con dinero del marido, el anillo nupcial y, caso de premoriencia del marido, el lecho conyugal. - Cuando, al disolverse el matrimonio, no tuviere la mujer, aparte del anillo nupcial, la propiedad de ninguna joya -- por virtud de donación del marido, podrá reclamar, o podrán reclamar sus herederos, una de las joyas de mediano -- valor que tuviere el marido de entre las que ella hubiese usado durante el matrimonio, siempre que los bienes restantes del marido fueren suficientes para el pago de sus deudas", reconoce unos derechos especiales, podemos decir sentimentales, a favor de la mujer.

El artículo 25: "Durante el año de luto, la viuda que no disfrute del beneficio de tenuta ni sea usufructuaria universal de la herencia del marido tendrá derecho a ser alimentada con cargo al patrimonio de éste en consonancia con su posición social y a la cuantía de dicho patrimonio. Este derecho es independiente de la existencia de dote, de escreix o esponsalicio y de su devolución.- Los alimentos comprenderán todas las necesidades comunes a la vida, así en salud como en enfermedad.- No tendrá este derecho la viuda que, al fallecer su marido, estuviere separada de éste por sentencia que la declare culpable, y lo perderá la que durante el año de luto volviera a casarse, - llevare vida deshonesta o abandonare o descuidare gravemente a sus hijos menores comunes.- En ningún caso vendrá obligada a devolver el importe de los alimentos percibidos", - le reconoce un derecho muy amplio de alimentos durante el llamado "año de luto"; período desaparecido en Cataluña, -

al menos en las zonas más evolucionadas y urbanas, como en el resto del país.

El artículo 38: "La viuda, mientras no se le regtituya la dote y pague el esponsalicio o escreix, poseerá y usufructuará todos los bienes del marido, soportando sus cargas con obligación de alimentar a los hijos menores, a los imposibilitados para el trabajo y a los que, aun siendo mayores, mantenía aquél en la casa.- La tenuta no se extiende a los bienes que el marido hubiese tenido en usu -- fructo o a título de fiduciario. La tenuta es compatible -- con la opción dotal, aportable en dote y renunciable anticipadamente en capitulaciones matrimoniales", mantiene el privilegio de la tenuta, de gran importancia patrimonial.

El artículo 46: "Disuelto el matrimonio por muerte del marido, la mujer adquirirá el usufructo del esponsalicio o escreix y lo conservará aunque contraiga nuevas -- nupcias; pero en este último caso deberá asegurar su restitución con caución idónea", le otorga el usufructo del esponsalicio, y lo conserva aunque se case de nuevo.

Y los artículos 147: "Tendrá derecho a reclamar la cuarta marital la viuda que con sus bienes propios, unidos a los que puedan corresponderle en la herencia de su -- esposo, aunque no los exija o los renuncie, carezca al fallecer éste de medios económicos suficientes para su con -- grua sustentación, atendido su estado de viudedad y el rango y decoro proporcionados a la condición social de su esposo y al patrimonio relicto.- Siempre que proceda la cuarta marital se imputarán a ella, al efecto de su disminu --

ción, lo bienes o derechos expresados" y siguientes, mantienen la cuarta marital para la viuda pobre, derecho así mismo muy importante y exclusivo de la mujer viuda ⁽²⁴⁶⁾.

Todo ello hace que se pueda hablar de un verdadero régimen vidual peculiar y exclusivo de la mujer, y no del hombre, en Cataluña, que constituye, sin entrar aquí en su mayor o menor justificación, una importante diferencia de tipo privilegiado para la mujer catalana, opuesto desde luego a los principios generales de igualdad de derechos entre hombre y mujer.

f/. Compilación de Navarra.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, ley de 1 de Marzo de 1.973, establece una serie de normas sobre la mujer que principalmente se refieren a la mujer casada, y si bien en algunos casos parece más liberal que el régimen común, sus criterios quizá por el respeto al valor de la costumbre no están a la altura de la época en que se publica. Su examen corresponde sin embargo a la segunda parte de este trabajo.

Respecto a la mujer soltera, no es nada progresiva en lo tocante a la patria potestad sobre sus hijos. Desconoce esta situación, manteniendo en su ley 64 una preferencia absoluta del padre sin distinguir entre los casos de matrimonio y los que éste no se da, e incluso mantiene la indefendible norma de la pérdida de la patria potestad, por el padre o madre, en el caso de que contraiga segundas nupcias (ley 67).

En cambio contiene un trato mucho más igualitario que el Código civil en lo relativo a la Investigación de la paternidad, equiparando, en lo posible, los derechos del hijo para obtener la declaración de paternidad o maternidad (ley 70).

Mantiene la dote obligatoria o necesaria, regulándola en una extensión muy superior al Código civil o a la legislación catalana.

La ley 120 dice:

"Dote necesaria es el ajuar o arreo que el padre o, en su defecto, la madre, deben dar a sus hijas legítimas, legitimadas, adoptivas por adopción plena o naturales reconocidas que contraigan matrimonio.

Cuando las hijas legítimas o legitimadas sean huérfanas, sus abuelos deben dar la dote necesaria. A falta de acuerdo, corresponderá a los parientes mayores determinar entre los abuelos la persona o personas obligadas y en qué proporción.

La dote necesaria se pagará con bienes de conquisista y, en su defecto, con los privativos del dotante o dotantes. Las dotes de las hijas o nietas de anterior matrimonio se pagarán con bienes privativos del ascendiente obligado, y si no los tuviere, con cargo a la sociedad de conquistas, sin perjuicio del correspondiente descuento al liquidar la sociedad.

La cuantía de la dote se ajustará al uso del lugar y al haber y poder de la casa. En caso de discrepancia fijarán la cuantía los parientes mayores.

Cesará el deber de dotar cuando la hija o nieta hubieran contraído matrimonio sin licencia, si ésta fuere necesaria, o cuando hubieran incurrido en cualquiera de -- las causas de desheredación contenidas en los artículos -- ochocientos cincuenta y dos y ochocientos cincuenta y tres del Código civil."

Si la costumbre tiene tanta importancia como se deduce de las asombrosas leyes 2 y 3, no se comprende bien esa regulación y hasta extensión de la dote obligatoria, -- que está en Navarra, como en el resto del país, absoluta -- mente en desuso.

La ley 138 mantiene otra discriminación para la mujer a la hora de elegir los que la ley llama parientes -- mayores, ya que en su último párrafo, al establecer la preferencia de llamamientos, llama, en igualdad de grado, a -- los varones con preferencia a las mujeres.

- - - - -

IX.- LA INFLUENCIA DEL SEXO EN EL DERECHO PENAL

También en el campo del Derecho penal quedan una serie de normas que tratan desigualmente al hombre y a la mujer por razón del sexo. No es nuestro objeto hacer un -- examen exhaustivo de la materia penal, pero sí es oportuno traer aquí, cuando menos para tener noticia de ellos, los casos en que el legislador penal tipifica un delito por -- ser el sujeto pasivo una mujer, por ser la mujer sujeto activo, o bien da un distinto trato al delito por intervenir personas del sexo femenino en él.

1. CASOS EN QUE SE TIPIFICA EL DELITO POR SER SUJETO PASIVO UNA MUJER.--

Entre los casos en que se tipifica el delito precisamente porque ha de ser sujeto pasivo del delito una mujer, están los delitos de violación, estupro y rapto. To -- dos estos delitos no se pueden producir si no es la mujer -- la que los sufre. El castigo que se inflige al culpable de estos delitos se produce en atención al sexo, tanto del sujeto pasivo que ha de ser una mujer, como del sujeto activo que necesariamente ha de ser un hombre.

No cabe duda que existen razones basadas en la --

propia naturaleza de las personas para que la legislación penal actúe así, pero es evidente que concurren ideas basadas en la tradicional diferencia de trato dada por el derecho histórico a la mujer y al hombre, y que existen algunas diferencias, o consecuencias, de la normativa, que están justificadas, mucho más por la estimación histórica de los sexos, que por las mismas desigualdades entre hombres y mujeres.

a) Violación.

En la violación la regulación del artículo 429 -- parte de la idea de que no existe violación sino cuando es de una mujer. "La violación de una mujer será castigada -- con la pena de reclusión menor", dice en su párrafo primero, y al definirlo en el siguiente dice que "se comete violación yaciendo con una mujer ...". El sujeto pasivo por -- imperativo de la ley española ha de ser una mujer, y en -- consecuencia el activo un varón; éste es el dato determinante, siendo irrelevante la edad de la víctima, su estado civil, de soltera o casada, y aun su condición moral, habiendo reconocido el Tribunal Supremo que existe este delito en la violación de una prostituta.

Cualquier acto lascivo con violencia contra un -- hombre, aun las violencias eróticas homosexuales, se configuran como abusos deshonestos y no puede haber violación -- (247)

(art. 430 del C. penal). Por tanto esas violencias -- contra un varón, aunque sea menor de edad, y concorra cualquier otra agravante (248), no es equiparable a la viola --

ción, y se sanciona más ligeramente: reclusión menor para la violación, y prisión menor para el caso de que el sujeto pasivo sea un varón. Diferencia ésta, de pena, que no parece tener hoy una clara justificación, tanto por la perversidad de la violencia sexual sobre persona del mismo sexo, como por la posibilidad de que el que la sufre sea un menor de edad, o una persona que no esté en condiciones de repeler la agresión⁽²⁴⁹⁾.

En la violación se tiene por tanto muy en cuenta el sexo; es determinante para la existencia del delito. Es, no cabe duda, la propia condición natural de la mujer la que ha determinado la aparición del delito, y su especial-peligrosidad, tanto para la mujer que sufre la violencia, como por sus consecuencias, justifican el mayor rigor con que se trata el delito, que cuando sufre una violencia, solo hasta cierto punto parecida, una persona del sexo masculino.

Es indudable, por tanto, que aquí el sexo, independientemente del estado o condición de la mujer, tipifica un delito; y que un atentado semejante contra un varón, aunque llevase acarreados superiores daños para su físico, incluso lesiones o muerte, es tratado o encuadrado dentro de delitos distintos.

b) Estupro.

En el estupro en su regulación actual se pueden distinguir según QUINTANO RIPOLLÉS⁽²⁵⁰⁾ una serie de modalidades. En todo caso para que el estupro se dé es preciso -

también que el sujeto pasivo sea una mujer. El Código penal no define el estupro sino que determina cuándo se produce. En la doctrina se define como "concubito ilegítimo con mujer de buena fama mayor de doce años y menor de veintitrés", o como "goce de una doncella conseguido por seducción" ⁽²⁵¹⁾ o como "acceso carnal con mujer honesta y libre-⁽²⁵²⁾ conseguido por seducción real o presunta".

Sus presupuestos son: 1º que el sujeto pasivo sea una mujer. 2º que sea menor de 23 años. 3º que no exista violencia, sino más bien engaño o prevalimiento.

Se trata por tanto de una figura delictiva basada en que existe yacimiento con mujer menor de 23 años. Si es mayor de esa edad ya no existe delito. Se trata de defraudar por tanto a la mujer por razón de su sexo y de su edad. En principio se puede considerar que ha de tratarse de una mujer soltera, ya que si fuera una casada existiría adulterio.

Como decíamos antes, en el estupro se dan una serie de modalidades:

a/ el de doncella mayor de doce años y menor de veintitrés cometido por autoridad o persona encargada de la educación o guarda de la estuprada (art. 434 Código penal).

b/ el cometido con hermana o descendiente, aunque sea mayor de 23 años. Es el único caso en que esta edad no es límite. Es el incesto que por su especial gravedad merece este rigor superior (art. 435).

c/ el cometido con mujer de entre 12 y 16 años,-

que no necesita que medie engaño, dada la temprana edad de la estuprada. A pesar de esa edad el Código exige que se trate de mujer honesta, lo que parece en verdad excesivo (art. 436,tercero).

d/ el cometido con mujer mayor de doce años y menor de veintitrés, de acreditada honestidad, abusando de su situación de angustiosa necesidad (art. 436,segundo) o por el patrono o jefe, que prevalido de esta condición, -- tenga acceso carnal con mujer que de él dependa (art. 437) que también exige en la mujer que sea de acreditada honestidad.

e/ el cometido por un varón cualquiera con mujer mayor de 16 años y menor de 23, interviniendo engaño.

f/ el cometido con su hermana o descendiente, -- aunque sea mayor de veintitrés años.

Al examinar estas modalidades comprobamos que -- aunque normalmente se entiende referido el estupro a la mujer soltera, también puede darse este delito respecto de la viuda menor de 23 años. En efecto no parece posible el caso a/, por hablar de mujer doncella, que puede entenderse como sinónimo de virginidad o soltería, pero en los casos b/, c/, d/ y e/, no cabe duda que la viuda joven puede ser sujeto de estupro tanto en el caso de abusar de su situación de necesidad, como en el caso de dependencia, o en el de engaño. No hay ningún inconveniente en que así sea, -- y desde luego no existe incompatibilidad entre el estado de viudez y la condición de honestidad exigida, que no puede ser entendida como sinónimo de virginidad (253)

En todos estos casos, con la salvedad del incesto, en el que se incurre aunque la mujer sea mayor de 23 años, probablemente porque la razón de este delito no es la honestidad sino la *commixtio sanguinis*, (y en el que además se produce la peculiaridad de la impunidad del sujeto pasivo, ya que conforme a nuestro Código no es posible la incriminación de los sujetos pasivos femeninos que consienten el yacimiento, privilegio por razón de la debilidad -- del sexo para la mujer que carece totalmente de justificación, sobre todo en las mayores de edad)⁽²⁵⁴⁾, parece que el delito se tipifica por el peligro superior a que una mujer menor de 23 años está expuesta. No cabe duda que todas estas normas tienden a proteger a la mujer a la que se considera más desvalida, más incapaz de defenderse por sí misma, más expuesta a las apetencias de los hombres; y que su razón de ser es de beneficio del sexo femenino. Sin embargo esta regulación encierra una discriminación basada ya no solo en la naturaleza, sino en la educación o posición de la mujer en la sociedad, que tiene su máxima expresión como hemos dejado dicho en el caso del incesto.

La misma fijación de la edad tope en los 23 años es ya una elección arbitraria basada en las circunstancias sociales de la mujer. El simple mantenimiento de una edad diferente para la mujer, los 23 años, en ciertas materias penales, como las que estamos tratando, es ya, una discriminación histórica que debe ser eliminada, por muy buena voluntad que pueda representar esa aparente mayor defensa de la mujer. El haber reducido la mayoría de edad para uno

(255)
y otro sexo a los 21 años , y haber dejado en cambio -
esta especial protección de la mujer hasta los 23 años, es
tá basado mucho más que en la naturaleza, en la considera-
ción del sexo femenino como relativamente débil e incapaz-
de defenderse.

Y aunque hay casos de estupro, que indudablemen-
te revisten una especial peligrosidad, que quizá justifi-
que su tipificación como delito, porque el estar penado --
puede ser un importante factor disuasorio, como son los de
la menor de 16 años, o todos los que implican prevalimien-
to de autoridad o abuso por la inferior posición de la mu-
jer, hay otros, como es el clásico del engaño con promesa-
de matrimonio que quizá no esté hoy justificado en su regu-
lación actual (256) .

(257)
La práctica jurisprudencial considera que el
engaño clásico de "spe matrimonio" es el único a tomar en-
consideración para considerar que existe estupro y en este
caso parece que considerar delito el yacimiento con mujer-
mayor de edad, y por tanto plenamente capaz por haber pro-
metido matrimonio, es una reminiscencia de otros tiempos -
en que la condición de la mujer era muy inferior a la del-
hombre, y quizá no totalmente justificada su tipificación-
como delito en la actualidad.

Sobre todo alguna de las sanciones subsistentes-
como la de dotar a la ofendida del art. 444 Código penal,-
tienen un olor a rancio que no cuadra con la igualdad de -
derechos de la mujer. Si le ha inferido un perjuicio es --
justo que se persiga por el legislador la indemnización, -

incluso en metálico, si así se puede compensar el daño aun que sea indirectamente, lo mismo que sucede en otros delitos contra las personas (lesiones, accidentes, etc.). Pero hablar de dotar a la ofendida en los casos de violación, - estupro o rapto, es improcedente. Parece como si el daño - se intentara compensar instalando o poniendo a la mujer en paralelo con la mujer casada dotada.

Lo mismo sucede con la equiparación del perdón - por el matrimonio de la ofendida con el ofensor. Es justo - que en estos delitos el perdón del ofendido extinga la acción penal (art. 443, 4º C. penal). Es razonable presumir - el perdón por el matrimonio como establece el mismo precepto, pero es ya absurda la consecuencia más corriente de esta norma. Es esta la coacción sobre el ofensor varón para que contraiga matrimonio con la ofendida, amenazándole, caso contrario, con las sanciones penales de privación de libertad. Esta norma, bienintencionada sin duda, produce enormes perjuicios tanto al ofensor como a la ofendida, determinando matrimonios coaccionados que no deberían haberse celebrado nunca, y que van contra la esencia misma del sacramento o del contrato civil. Si la base del matrimonio es el libre consentimiento, y su falta causa de nulidad, - como cada vez con más liberalidad reconocen los tribunales eclesiásticos, esos matrimonios adolecen de una grave amenaza.

En realidad, gran número de matrimonios de los que se celebran, sobre todo entre gentes jóvenes, por haber existido un estupro previo, y la consiguiente amenaza-

de una persecución penal para el ofensor, no deberían celebrarse, y su causa es esa pretendida defensa de la mujer menor, que se vuelve contra ella misma. Esas mujeres que se casan tan jóvenes, casi nunca por propio deseo, sino -- asustadas por la situación y determinadas por la familia, -- sobre todo en ambientes rurales, pueden ser infelices toda su vida dentro de ese matrimonio.

Mejor sería que no gozaran de esa defensa legislativa porque así sus decisiones serían más libres, y siempre es preferible, aun en el caso extremo de que de esas relaciones nazca un hijo natural, la libertad de seguir -- soltera o casarse más tarde, que un matrimonio no deseado, tantas veces desgraciado, y además susceptible de anulación.

c) Rapto.

En el delito de rapto también es presupuesto que la persona raptada sea del sexo femenino ⁽²⁵⁸⁾ (art. 440 del Código penal). Aunque no cabe duda que puede haber privación de libertad con miras deshonestas contra un varón, -- eso no es rapto. En derecho italiano se admite la posibilidad de rapto de varones; se reconocen dos especies: rapto con fines de matrimonio en que puede raptarse a una mujer, o a un varón mayor de catorce años y menor de dieciocho; y rapto con fines libidinosos en que puede ser la víctima o un varón menor de edad, o una mujer aunque sea mayor de -- ⁽²⁵⁹⁾ edad.

Dado que no se exige ni la violación ni el yaci-

miento para que exista rapto, sino solo las miras deshonestas, es indudable que puede ser raptado, bien violentamente (art. 440 C.P.), bien con engaño (art. 441 C.P.) un varón por una mujer. Más aún cuando el varón puede ser menor de edad y la mujer mayor. Sin embargo, en ese caso no habría rapto sino que habría que acudir a otros delitos que condenan los tipos ordinarios de coacción o detención ilegal.

Este distinto tratamiento tiene también una explicación histórica basada en la diferencia de sexos tradicionalmente existente, y quizá perderá su justificación en el momento que se equiparen totalmente los derechos de hombre y mujer.

Más anacrónico resulta aún el rapto de una mujer con su anuencia, cuando se trata de una mujer mayor de -- edad.

El artículo 441 prevé en este tipo de rapto no-violento dos situaciones diferentes: que intervenga engaño (que habrá que interpretar como lo hace la doctrina en la misma forma que se interpreta esta palabra con relación al estupro) o que aun sin intervenir engaño la mujer fuere mayor de 12 años y menor de dieciseis; o que se trate del -- rapto con su anuencia de una mujer entre 16 y 23 años, sin intervenir engaño.

En el primer supuesto, en el que la pena es más -- grave, se comprende perfectamente que el caso de rapto de una menor de 16 años esté penado; y también se podría admitir el de una menor de edad, mediando engaño. No parece poder basarse en otra razón que la imbecillitas sexus, o en-

la diferencia de capacidad, aunque en este caso sea para protegerla, entre hombre y mujer, el mantener esa especial mayoría de edad de los 23 años para la mujer, y el configurar como rapto la marcha, con su consentimiento, de una mujer mayor de edad con su llamado raptor, porque medie engaño, sinónimo como hemos visto de la spe matrimonio. Una -- equiparación de derechos entre hombre y mujer solteros, -- una semejante aptitud, reconocida por nuestras leyes, para el trabajo, y un derecho, igualmente reconocido, a una educación semejante, deben hacer desaparecer de nuestras leyes la idea de que la spe matrimonio, la posibilidad de casarse, sea un señuelo tal para la mujer soltera que turbe su mente hasta el extremo de dejarla indefensa, y a merced del hombre que así la engañó, hasta el punto de hacer a éste reo de delito.

En el segundo supuesto, en el que se reconoce el delito de rapto, sin siquiera mediar ese engaño, para los casos de la mujer que, con su anuencia, se va con su llamado raptor, sin violencia, sin engaño, sin promesas y por -- que quiere, nos parece completamente injustificable para -- las mujeres mayores de edad, que tienen plena capacidad; y de escasa justificación para las comprendidas entre los 16 y 21 años. Todavía esta última situación se puede defender en base a su incapacidad legal y protección de los menores, que puede aconsejar mantener esta norma, pero para las mayores de edad la protección debería encuadrarse en otros -- preceptos como los que atentan a la libertad personal, más. que a la honestidad, y referirlos a ambos sexos, aunque sea

más frecuente el riesgo de las mujeres (si pensamos sobre todo en la distinta evolución de los diversos países y en la subsistencia de la trata de blancas).

2. CASOS EN QUE SE TIPIFICA EL DELITO POR SER LA MUJER-SUJETO ACTIVO.-

En el segundo grupo de preceptos de la legislación penal que toman en cuenta el sexo como factor determinante, o que por razón del sexo, especialmente del femenino, establecen una diferencia entre hombre y mujer, independientemente del matrimonio, vamos a examinar, siguiendo el mismo criterio de brevedad que en esta materia nos hemos expuesto, los casos en que, al revés que en los anteriores, el delito viene determinado por ser sujeto activo una mujer.

a) Infanticidio.

El primer delito en el que se da esta característica es el infanticidio⁽²⁶⁰⁾. Este delito apareció como específico ya en época tardía, en el siglo XVIII, y probablemente como dice QUINTANO RIPOLLÉS⁽²⁶¹⁾ para reaccionar contra la excesiva dureza de la pena asignada al parricidio⁽²⁶²⁾.

En su regulación se han distinguido dos sistemas: - el que se llama latino, que justifica el trato más benévolo por el móvil de ocultar la deshonra, y el que se llama germánico, que se basa en la alteración psíquica de tipo morboso que acompaña al parto. En la actualidad regulan el infanticidio, con unos requisitos u otros, pero como delito-

específico y con un trato más benévolo para el autor, entre otros, los Códigos español, francés, italiano, alemán, austriaco, belga, suizo, y en cambio, por ejemplo, no le dan carácter típico, sino que se resuelven estos casos por el juego de las circunstancias atenuantes los Códigos argentino o soviético.

El artículo 410 del Código penal español dice -- que "la madre que para ocultar la deshonra matare al hijo recién nacido será castigada con la pena de prisión menor. En la misma pena incurrirán los abuelos maternos que, para ocultar la deshonra de la madre, cometieren este delito".

Como se ve es un beneficio del sexo femenino que implica una notable desigualdad. Las razones, distintas según el enfoque de los diversos Códigos y sistemas, son en el fondo las mismas: la grave perturbación que en el orden psíquico, moral, económico y social puede representar para una mujer tener un hijo fuera de matrimonio, y la mayor relación que existe entre la madre y el hijo que entre el padre y el hijo, tanto en el momento del nacimiento como después, pues es indudable que la naturaleza ha hecho que la mujer tenga más relación, se sienta más próxima, o sencillamente se cuide más y se porte mejor con el hijo así nacido que el varón, que incluso en muchos casos puede desconocer, y ni aun sospechar, la existencia de ese hijo.

En ese sentido la necesidad de una regulación de esas situaciones en forma diversa para el hombre y la mujer parece evidente. Es ésta una diferencia basada en la naturaleza. En ese sentido se orientan todas las legisla-

ciones modernas que tienden a vigilar o tutelar estas situaciones.

En cambio el "privilegio" concedido a la mujer - en el caso de muerte del niño, nos parece escandaloso. Una justa igualdad de trato para hombre y mujer debe repercutir en tratarles igual en lo que son iguales, y diferente en lo que son distintos. Entonces esas diferencias deben servir para por aplicación de las normas generales, incluso por las atenuantes 8ª y 10ª del artículo nueve del Código penal, dar un trato especial a la mujer. Configurar un delito especial y más ligero para la mujer que mata a su hijo recién nacido, nos parece un dudosísimo privilegio, de eliminación deseable ⁽²⁶³⁾. Y mucho más absurdo la extensión de ese beneficio a los abuelos maternos, que para defender un valor tan variable en las distintas épocas y sociedades, como la honra entendida al modo medieval, atacan ⁽²⁶⁴⁾ un valor tan estable como la vida de una persona.

Un examen más detallado del tema, que no pretendemos, nos llevaría a ver más claro aún nuestra postura.

¿La soltera, la casada, la viuda, están comprendidas en el artículo 410?. La ley alemana habla solo de la mujer soltera, pero qué duda cabe que el riesgo es el mismo, o mayor, para la casada cuyo marido está ausente, preso, desaparecido, prisionero, durante un largo tiempo que hace imposible que el hijo sea suyo. La viuda puede encontrarse en el mismo caso de la soltera; y nuestra jurisprudencia ha reconocido que puede darse incluso en mujer casada ⁽²⁶⁵⁾.

¿Qué es más deshonra, tener un hijo o ser acusada de infanticidio?. O es el artículo 410 una excitación a ese crimen, pues lo que se busca en el delito es siempre la impunidad, y aquí se promete que si no se consigue la pena será leve.

¿Hasta qué punto se puede justificar que el trato benévolo se niegue a la prostituta, porque se piensa -- que ella no puede ocultar su deshonra, pues no es una mujer honrada?. ¿Y hasta qué punto a la mujer cuyo embarazo era público, o por lo menos no ocultado suficientemente, y que por tanto ya no puede ocultar su deshonra?. Todos los penalistas están de acuerdo, y cualquier persona que reflexione sobre ello llegará a la misma conclusión, que pasar por esas circunstancias del infanticidio al parricidio es absurdo. No obstante, el Tribunal Supremo ha negado la -- aplicación de esta pena más benévola a la mujer que ya tenía un hijo fuera de matrimonio (S. 5-2-1.948), o a la -- prostituta. La injusticia de esta tesis es tan clara que -- posteriormente el mismo Tribunal, en S. de 8 de Mayo de -- 1.959 admitió el infanticidio, y casó la sentencia de parricidio, en una mujer que había tenido otros hijos ilegítimos en otra localidad.

b) Aborto.

El otro tipo de delito caracterizado por ser el sujeto activo una mujer es el aborto. Naturalmente en este caso puede ser sujeto activo una persona distinta de la madre, y así lo establecen los artículos 411, 412 y 415 del-

Código penal, entre otros. Pero desde el punto de vista -- que nosotros enfocamos esta exposición, de la influencia -- del sexo en la regulación jurídica, o en el contenido de -- las normas, nos referimos solo al que se llama unas veces -- aborto en propia persona, y otras aborto con consentimiento. A él se refieren, aparte del art. 411, 2º C.P., principalmente los artículos 413 y 414.

El artículo 413 dice: "La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, será -- castigada con la pena de prisión menor".

El artículo 414 dice: "Cuando la mujer produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause para -- ocultar su deshonor, incurrirá en la pena de arresto ma -- yor.- Igual pena se aplicará a los padres que, con el mis -- mo fin y con el consentimiento de la hija, produzcan o coo -- peren a la realización del aborto de ésta. Si resultare -- muerte de la embarazada o lesiones graves, se impondrá a -- los padres la pena de prisión menor."

En ambos casos se tratan simultáneamente los ca -- sos de que "la mujer se produce su aborto", o "consiente -- que otra persona se lo cause". Es a este tipo de delito al -- que nos referimos; es decir al aborto que la mujer se cau -- sa voluntariamente, sola o ayudada, y que tiene un trata -- miento especial precisamente por ser ella misma la que se --
(266)
lo produce .

La pena en este caso se reduce no solo para la -- mujer sino también para el que colabora con ella. Mientras el aborto causado de propósito sin consentimiento de la mu

jer se castiga con prisión mayor, el que se origina con -- consentimiento de la mujer o por ella se castiga con prisión menor, y aun en el aborto honoris causa solo con arresto mayor.

El por qué de esta diferencia hay que buscarlo, -- sin duda alguna, en un beneficio del sexo, y en una idea -- de fondo que late ya en esta regulación y que se desarrolla en los movimientos modernos del derecho de aborto libre para la mujer ⁽²⁶⁷⁾. Sin querer entrar en este tema del carácter delictivo del aborto, es indudable que esta menor penalidad del aborto consentido por la madre está relacionada con esta idea. Ya que en el aborto el consentimiento de la madre no es el consentimiento del ofendido, sino que la vida a la que se atenta es la del hijo, y solo indirectamente o a través de los riesgos de esa actuación, la de la madre.

Especial es la situación del llamado aborto honoris causa al que se refiere el artículo 414, en el que -- existe la motivación de ocultar su deshonra, lo mismo que sucedía en el infanticidio. En este caso la pena se baja, -- no ya de prisión mayor a prisión menor, sino a arresto mayor. Es decir en este caso la pena se reduce casi a su mínima expresión. La razón es sin duda la misma que la que -- existía en el infanticidio: el valor de la honra de la mujer. Aquí como allí el precepto quizá estuvo justificado -- en una época, no tan lejana, pero ya extinguida, en que tener un hijo una mujer soltera, no era solo una deshonra, -- era una tragedia para ella y su familia.

Al haber cambiado las circunstancias sociales, - al existir, aun sin minimizar el suceso, una mucho menor - sanción de la sociedad para esa situación; al haberse re - accionado incluso en defensa de la mujer que tiene un hijo fuera de matrimonio; al no suponer una ruptura de todas -- las posibilidades de la mujer, una puerta cerrada para to - das sus aspiraciones, ni siquiera una imposibilidad mani - fiesta de contraer un matrimonio posterior, no cabe duda - que la regulación debería cambiar.

Lo que sucede es que se mezcla aquí, de un lado - esa tendencia de menor disculpa para el aborto por la infe - rior transcendencia de la deshonra, y de otro otra tendencia de permisividad, o al menos no perseguibilidad, como deli - to, del aborto; no solo en cuanto a la mujer que se lo pro - voca sino también respecto a los que la inducen o colabo - ran con ella. Pero no parece propio de este lugar, ni es - un tema que se pueda tratar con ligereza, el entrar a dis - cutir sobre la eficacia o la razón de estas tendencias.

Quede, pues, como resumen, la idea de que es un - delito el aborto en el que es tenido en cuenta el sexo co - mo factor decisivo, por razón de la misma naturaleza, y de la especial situación en que la madre se encuentra respec - to de la vida del hijo que tiene concebido. Las obligacio - nes del padre de ese nasciturus en un sentido deben ser -- iguales que las de la madre, de protegerle y asegurar su - existencia; pero no cabe duda que el hecho de llevarlo den - tro de sí, determina en la mujer una proximidad y una coin - cidencia en el riesgo, y en la salud, una comunidad de vi -

da que modaliza todo el tratamiento que se dé a este caso. El nasciturus es igual hijo del padre que de la madre, pero mientras está en el claustro materno hay una inmediatidad y una afección que hace que no se puedan considerar iguales las posiciones de padre y madre, aunque los derechos respecto a la vida de su hijo lo fueren.

Por último conviene dejar sentado que esa es una regulación especial basada únicamente en el sexo, y en absoluto, en el estado. Aunque la mayor parte de los casos más complicados se plantean respecto de las madres solteras, el Código penal no distingue nunca y habla siempre de la mujer; es decir se refiere no solo a la soltera y a la viuda, sino también a la mujer casada, y en todos los casos la legislación penal no distingue, ni tiene en cuenta la condición de legítimo o ilegítimo del hijo, sino la existencia de esa relación, y tan hijo de la madre es el que tenga un carácter u otro, desde el punto de vista civil.

3. CASOS EN QUE POR RAZÓN DEL SEXO SE ESTABLECE UNA DIFERENCIA EN LA NORMATIVA JURÍDICO-PENAL.-

El tercer grupo de preceptos que tienen en cuenta el sexo para establecer una diferencia por razón de él en la normativa jurídico-penal, está formado por todos aquellos que para situaciones o delitos que igual pueden afectar a hombres que a mujeres, dan distinta solución o tratamiento según se trate de una persona de este o aquel sexo.

a) Adulterio.

Está en primer lugar el adulterio. El adulterio se refiere, como es obvio, a persona casada y como tal su estudio más detallado corresponde a la segunda parte de este trabajo, y allí volveremos sobre él. Sin embargo, tanto por estar tratando aquí de las diferencias entre hombre y mujer por razón del sexo, y no del estado -y no cabe duda que la diferencia que vamos a ver está basada exclusivamente en el sexo-, como por poder implicar el adulterio a una persona soltera, vamos a adelantar nuestro pensamiento que tendremos ocasión de razonar mejor, más adelante.

El artículo 449 C.P. dice que comete adulterio - "la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, - y el que yace con ella, sabiendo que es casada, aunque después se declare nulo el matrimonio", y el artículo 452 dice, ya sin hablar de adulterio, aunque dentro del capítulo que se encabeza con esa rúbrica, "el marido que tuviere -- manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera - de ella, será castigado con prisión menor. La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro". La pena es la misma para ambos casos: prisión menor.

De estos preceptos se deducen claramente las dos situaciones a que nos referíamos.

La existencia de una diferencia de trato entre -
hombre y mujer exclusivamente por razón del sexo (268) . La-
mujer casada comete adulterio por yacer una vez con persona que no sea su marido. El marido no lo comete por yacer una o muchas veces con mujeres que no sean su esposa. Para

que el marido merezca la misma pena ha de tener manceba -- (palabra de reminiscencias medievales como el precepto todo), o dentro de la casa conyugal (situación verdaderamente difícil y extrema), o notoriamente (con todo lo que este adverbio puede significar) fuera de ella.

No es nuestro propósito hacer aquí un análisis -- completo de la situación, pero dejaríamos de dar una vi -- sión real de la diferencia de trato jurídico para el hombre y la mujer por razón del sexo si no expusiéramos, aunque sea sin comentarios, lo absurdo de esta regulación. --
(269)
QUINTANO RIPOLLÉS dice que "el adulterio del marido merece en nuestra legislación un trato de privilegio frente al adulterio femenino. Es ello una concesión a criterios -- discriminativos que hace tiempo han sido superados en la -- doctrina y en el Derecho comparado por estar en pugna no -- solo con las normas éticas y religiosas, sino con el principio de la más elemental igualdad de derechos y deberes --
(270)
fundamentales entre los cónyuges".

Posible afectación a personas solteras. En efecto, comete adulterio no solo la mujer casada, sino también el que yace con ella, fuera casado o soltero (art. 449) -- con tal que sepa que es casada. Es curioso que el varón casado comete adulterio en ese caso por ser la mujer casada, ya que si hubiera sido soltera, o si no sabía que era casada, aunque él lo sea, no comete ninguna clase de delito, y por lo tanto puede darse en nuestra legislación actual el siguiente caso: yacer una mujer casada con un hombre casado que no sea su marido, y ser ella reo de delito con pena

de prisión menor, y él si ignoraba que ella era casada, -- inocente absolutamente.

Es decir que puede cometer adulterio el varón -- soltero.

En el caso de amancebamiento, la manceba puede -- ser también soltera o casada. En este último caso, ella -- además comete delito de adulterio; pero si es soltera incu rre en el delito de amancebamiento, sinónimo de adulterio- masculino, e incurre también en la pena de prisión menor.-- Es decir que también puede cometer este delito la mujer -- soltera.

Todavía hay aquí otra especialidad por razón del sexo; y es que la manceba puede ser condenada con una pena mucho más leve: la de destierro, que es alternativa con la de prisión menor. Sin embargo este favor no es probablente por razón de ser del sexo femenino, sino en beneficio -- del sexo masculino. Es más benévolo el Código para quien -- es cómplice (empleando la palabra en sentido no técnico) -- de varón que quien lo es de mujer.

La regulación de toda esta materia es tan anti -- cuada, desafortunada e injusta que quizá lo mejor fuera re considerar si el adulterio había de estar incluido en el -- Código penal como delito ⁽²⁷¹⁾, o sencillamente ser una cau ⁽²⁷²⁾ sa de separación que determinara la culpabilidad del -- que incurrió en él, tratando igual a ambos sexos como ha -- cen en este punto el Derecho civil y el canónico.

La verdad es que en la actualidad la mayoría de -- los procesos que se inician por adulterio o amancebamiento

tienen por objeto facilitar la prueba de las relaciones -- ilícitas en el pleito, civil o canónico, para conseguir la separación; son muy pocos los procedimientos por adulterio en que se llega a dictar condena, su número tiende a descender, y los Tribunales aplican siempre las penas en el grado mínimo. Como datos curiosos podemos señalar que en 1.964 se dictaron solo 39 condenas, en 1.965 solo 34, y en 1.966 solo 31. (Datos de R. DEVESA).

En Derecho comparado se ha discutido mucho sobre la conveniencia de mantener o no el adulterio como delito. Desde BECCARIA existe una tendencia que la incriminación -- del adulterio es inútil e inoportuna sobre todo por su escasa eficacia (273).

Todavía se ve más absurdo el sistema si pensamos que el adulterio afecta no solo a la mujer casada, sino a la mujer separada, aunque haya recaído sentencia firme y -- aunque fuera culpable el marido. El examen de esta situación corresponde al régimen jurídico de la mujer separada, cuyo examen detallado también se ha de hacer más adelante. Pero pensemos en que como la separación no determina la -- ruptura del vínculo, subsiste el deber de fidelidad, y por lo tanto el marido separado puede acusar a su mujer separada que tiene relación, aunque sea ocasional, con otro varón, de adulterio, y sin duda se aplicará el 449 C.P. con las consiguientes penas, mientras que el marido separado -- puede tener las relaciones que quiera con otras mujeres, -- sin que, si no hay amancebamiento, tenga ninguna responsabilidad penal. La situación es tan absurda que la reforma-

de ella no admite dilación.

b) Abusos deshonestos.

El delito de abusos deshonestos tiene dos variantes: los abusos deshonestos violentos a los que se refiere el art. 430 C.P. y los abusos deshonestos no violentos a los que se refiere el último párrafo del art. 436 C.P.

En el trato de los primeros no hay diferencia -- por razón del sexo; el precepto dice "el que abusare deshonestamente de persona de uno u otro sexo", y por tanto cabe encuadrar dentro de él los abusos sobre personas de sexo masculino o femenino, y realizadas por persona del sexo contrario o del mismo. Ésta es la regulación razonable, ya que cubre las diversas formas de abuso, que se pueden dar sobre varones menores, con la misma o mayor peligrosidad -- que sobre mujeres. Las circunstancias concurrentes en el caso, abuso de autoridad, menor edad, relativa incapacidad mental, etc., servirían para graduar la pena.

En cambio, en los abusos deshonestos no violentos el art. 436 en su último párrafo se refiere a "cual -- quier abuso deshonesto cometido por las mismas personas y en iguales circunstancias que las establecidas en este artículo y en los dos precedentes", y como estos tres artículos se refieren al estupro, y el estupro solo se puede cometer respecto de una mujer, nos encontramos con el absurdo de que solo están castigados los abusos deshonestos no violentos cometidos sobre hembras, y no sobre varones.

No cabe duda que se trata de un error o imprevi-

sión del legislador, pero dados los principios que rigen - en Derecho penal la norma no puede ser extendida a una situación distinta de la contemplada ⁽²⁷⁴⁾. La desigualdad por razón del sexo es en este caso totalmente injustificada. - Si los abusos deshonestos no violentos se consideran merecedores de castigo cuando se realizan sobre mujer en especiales circunstancias (abuso de autoridad, edad protegible, relación familiar), deberían considerarse igual en los casos en que se trate de muchachos, y no solo cuando el culpable sea del sexo contrario, sino muy especialmente en -- ⁽²⁷⁵⁾ los casos de identidad de sexo.

Lo que desde nuestro punto de vista parece claro, ya que como hemos repetido muchas veces no pretendemos profundizar en materias de Derecho penal, es que la diferencia de trato entre hombres y mujeres solteros normalmente, más bien muchachos y muchachas, no parece en este caso justificada, ni basada exclusivamente en la naturaleza.

c) Abandono de niños.

El delito de abandono de niños lo regula nuestro Código penal en los artículos 488 y 489, y en él existe -- también una modalidad por razón del sexo, que ha de entenderse referida principalmente a la mujer soltera o viuda.

El delito existe en todo caso de abandono de un niño menor de siete años por parte de la persona encargada de su guarda, y cabe por tanto que lo cometan los padres, -- tanto el padre como la madre, y a ellos se refiere sin distinción el párrafo segundo del 488 para agravar la pena en

ese caso.

La excepción por razón del sexo está en los párrafos tercero y cuarto, donde paralelamente a lo que sucede en el aborto y en el infanticidio, se da un trato más benévolo a la mujer que abandona a su hijo recién nacido para ocultar su deshonra, extendiendo este trato favorable a los abuelos maternos, hay que suponer que también en el caso de abandono de recién nacido, aunque el Código no lo diga expresamente.

Dada la motivación de ocultar la deshonra, hay que suponer que se refiere a la mujer soltera o viuda, aunque no cabe duda que pueden darse casos límites en los que se pueda predicar esta situación de la mujer casada (ausencia, privación de libertad del marido, etc.).

La estimación que se puede hacer del precepto es la misma que la de los paralelos ya examinados. Sin dejar de reconocer que el móvil de ocultar la deshonra es todavía existente, la diferencia de trato está basada más que en la naturaleza de la mujer, en la consideración o juicio social sobre su conducta. Las realidades sociales cambian lentamente, pero desde la época en que estos preceptos se originan, en el siglo XIX, hasta hoy, se ha recorrido un largo camino. Es probable que no se haya llegado al fin de esta ruta, y quién sabe cuándo se llegará definitivamente.

Lo que sin embargo se puede afirmar es que tanto desde un punto de vista moral como social o jurídico, la posición del hombre y la mujer soltera debe ser también semejante en este trato. Ni es más culpable la mujer que el-

hombre, la madre que el padre, en el caso de hijos fuera - de matrimonio; ni comete más falta ella que él, ni la deshonra si admitimos la subsistencia de la idea, es superior para ella que para él, en cuanto coloquemos al hombre "conquistador" en el lugar que por su conducta merece.

Desde un punto de vista jurídico no hay diferencia en las obligaciones que asumen uno u otro respecto de su hijo común. La diferencia natural está solo en la absoluta determinabilidad de la madre, y en la mucho mayor dificultad de determinar el padre. Este dato físico, modificable pero de ninguna manera eliminable, sí tiene importancia y una grave consecuencia: que en la mayor parte de los casos es la madre la que carga con el hijo, y la que le -- cuida y atiende.

Es probablemente esta situación la que ha inducido al legislador a ser más benévolo, pero este favor se debería producir no por razón del sexo, sino en favor del -- que se queda con el niño, y no solo en los casos de evitar la deshonra, sino en todos los casos.

En el fondo en este artículo el verdadero premio o exención de delito se da al que peor se porta: al que no aparece en ningún momento como padre del niño, que ese sí -- que le abandona plenamente y desde el primer momento. En -- ello puede influir la falta de certeza en la paternidad, a diferencia de la maternidad que es siempre cierta; pero -- hay muchísimos casos en que el padre no abriga duda ninguna de la paternidad, y sin embargo su despreocupación por el hijo es absoluta, y su abandono de él total. Penar en --

cambio a la mujer que lo gesta durante nueve meses, y lo da a luz, porque después no quiere conservarlo, parece justificado como medio de defender al niño, pero no si se comparan las posiciones del padre y madre.

Lograr en esta materia una igualdad de trato para hombre y mujer es desde luego muy difícil, pero parece que deberían intentarse otras vías para la defensa del niño, distintas de las de hacer a la madre, y no al padre, reo de delito. Por el camino de la seguridad social, de la ayuda a las madres solteras, de la más fácil investigación de la paternidad, de la mejor educación de nuestra sociedad ante situaciones de este tipo, de los establecimientos de educación de menores, se podrían conseguir quizá resultados que disminuyeran los infanticidios y los abandonos.

d) Otros delitos y faltas.

Después existen una serie de delitos en que el Código penal no establece ya diferencia por razón del sexo, aunque en alguna ocasión se dé alguna modalidad. Pero en estos casos no se puede hablar en general de discriminación, sino más bien de distinción producida naturalmente por la distinta constitución o manera de ser y obras de hombres y mujeres.

Están entre ellos: El delito de suposición de parto (art. 468 C.P.) en el que pueden incurrir tanto hombres como mujeres aunque lógicamente sus papeles en el delito serán distintos. Pero el Código en su regulación ha superado criterios tradicionales y anticuados y enfoca el-

delito como una usurpación de estado civil ab initio (276) .

El delito de abandono de familia (art. 487 C.P.) en el que no se distingue entre padre y madre, si bien las circunstancias podrán modalizar la postura de uno u otro, -- ya que sus obligaciones específicas no son idénticas. Aunque el delito es de más fácil realización por el padre, el Tribunal Supremo ha reconocido (S. 13-VI-1.944) que también puede perpetrarse por la mujer, y también que aunque la mujer abandonó primero el domicilio conyugal, por desavenencias sobrevenidas, si se prevaleció de ello el marido -- para desatender sus obligaciones familiares, incurre él en este delito (S. 4-X-1.958).-- En todo caso es un delito más frecuente en personas casadas, aunque dada la redacción -- del art. 487 se puede aplicar a la madre soltera que ostenta la patria potestad, o a la persona que ejerce la tutela.

La regulación de la prostitución. Tal como quedó el art. 452 bis, reformado por la Ley de 23 de Diciembre de 1.961 y Decreto de 24 de Enero de 1.963, no existe discriminación en el texto legal; habla constantemente de -- "personas", "persona menor de veintitrés años", "menores -- de veintitres años". Es mayor el riesgo de las mujeres que de los hombres, pero esta diferencia, o la frecuencia de -- su aplicación, no significa que el legislador no haya sido respetuoso con las normas fundamentales de nuestro Derecho, o que no haya seguido el principio de igualdad de derechos de ambos sexos.

Por último, en la regulación de la injuria (arts. 457 y ss. C.P.) tampoco se establecen normas distintas pa-

ra hombres y mujeres. Cabe que la estimación de la falta - por los Tribunales sea diferente en el caso de que el ofendido sea de uno u otro sexo, por aplicación del artículo - 458, principalmente de los párrafos 2, 3 o 4, que dicen:

"2º. La de un vicio o falta de moralidad cuyas - consecuencias puedan perjudicar considerablemente la fama, crédito o interés del agraviado.

3º. Las injurias que por su naturaleza, ocasión- o circunstancias fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

4º. Las que racionalmente merezcan la califica - ción de graves, atendidos el estado, dignidad y circunstancias del ofendido y del ofensor."

Pero en este caso se basará más la diferencia -- en los conceptos sociales, variables, de la fama, del hombre o la mujer, o en la peculiar condición natural de cada uno de ellos. En cualquiera de estos casos no puede decirse que exista discriminación legal por razón del sexo.

Por fin, existen una serie de normas en el Código penal que dan un tratamiento distinto a hechos semejantes, o a situaciones idénticas, según se trate de hombres- o mujeres. Son diferencias que no tienen otra justifica -- ción que el sexo, y en las que no influye para nada el estado civil. Algunas de estas diferencias están justifica - das por la distinta naturaleza, otras son como atenciones- o privilegios para el sexo débil, y otras por fin son pu - ras diferencias formales.

Hoy ya no figura el sexo femenino como circuns -

tancia atenuante. Se reconoce plenamente la capacidad penal de la mujer. El Código no ha tenido en cuenta las razones de antiguos criminalistas que atenuaban la responsabilidad penal de la mujer por consideraciones de piedad o -- por la fragilidad de la naturaleza femenina; ni el ejemplo de antiguas legislaciones como el Derecho musulmán ⁽²⁷⁷⁾, -- que rebajaba la pena, igualándola a la de los niños y esclavos, más bien por menosprecio que por consideración al sexo femenino.

En cambio figura entre las agravantes con el número 16 la de "ejecutar el hecho ... con desprecio del respeto que ... por el sexo, mereciere el ofendido". La justificación de este tratamiento especial es discutido. Unas veces el Tribunal Supremo ha visto en la agravante una mayor protección por el sexo mismo (S. 29-3-54), y otras se ha basado en la debilidad física de la mujer (S. 23-XII-54) ⁽²⁷⁸⁾

. Con uno u otro fundamento lo cierto es que el sexo sigue teniéndose en cuenta, como factor, a la hora de graduar un delito.

La norma especial contenida en el artículo 83 de no ejecutarse la pena de muerte respecto de la mujer que se halle encinta, ni aun notificarle la sentencia hasta -- que hayan pasado cuarenta días del alumbramiento es una -- norma humanitaria, basada más que en el sexo, en la criatura que va a nacer o ha nacido, que es absolutamente inocente. Afortunadamente son rarísimas las sentencias de pena de muerte respecto a mujeres, y por otra parte toda moderación en esta materia es deseable.

Absolutamente formal e inoperante es la norma -- del artículo 77 C.P. que dice: "Cuando las mujeres incurrieren en delitos que este Código castiga con las penas -- de presidio mayor o presidio menor, se les impondrán, respectivamente, las de prisión mayor o prisión menor". Este favor que se pretende hacer a la mujer es nominal cuanto -- que el presidio y la prisión son palabras que solo tienen diferencia gramatical, puesto que el régimen penitenciario actual no distingue entre presidios y prisiones. Cada sexo cumple la pena en los establecimientos especiales destinados a él. La eliminación de este precepto que supone una -- aparente ventaja para la mujer o diferencia, no cambia en nada la situación real.

Fuera de estos casos hay solo otra diferencia de pequeña importancia en la regulación de las faltas contra las personas.

El artículo 583 C.P. en sus párrafos 2º y 3º dice:

"2º. Los maridos que maltrataren a sus mujeres, -- aun cuando no las causaren lesiones de las comprendidas en el párrafo anterior.

3º. Las mujeres que maltrataren de palabra o de obra a sus maridos."

Parece que solo se toma en cuenta a los maridos -- que maltraten de obra a sus mujeres, y en cambio a las mujeres que maltraten de obra o palabra a sus maridos. La diferencia es demasiado chusca y expuesta a bromas sobre la lengua de las mujeres, para que pueda tomarse en serio. Ha

brá que entender que dentro del párrafo segundo está todo-maltrato a las mujeres, aunque luego hable de lesiones. Pero lo cierto es que hay dos párrafos diferentes con distinta redacción, cuando solo debería existir uno con un régimen de reciprocidad y mismo trato. Como síntoma de desigualdad, aunque no sea trascendente, parece de lo más revelador.

El artículo 584 C.P., en su párrafo 4º dice: "Los que utilizaren o se lucraren del trabajo de ofrecimiento o venta de tabaco, flores, periódicos o cualquier otra clase de objetos por mujeres menores de dieciseis años en la vía y lugares o edificios públicos".

En él hay también otra discriminación entre el hombre y la mujer soltera. Se trata de proteger más a las jóvenes que a los varones. La norma tiene un rancio sabor, y hoy dada la legislación de trabajo la diferencia queda centrada solo en el período que va desde los 14 a los 16 años. Así y todo quizá se justifique la norma por los mayores riesgos a que está expuesta una muchacha de esa edad.- El empeoramiento de las costumbres, afortunadamente todavía no grave en España, podría inducir a dar un trato igual a ambos sexos también en este punto.

- - - - -

X.- CONCLUSIONES

Como resumen y para tratar de fijar en unas pocas páginas las enseñanzas que resultan del estudio anterior, podemos condensar la situación jurídica de la mujer soltera o viuda en el Derecho privado español, y los temas más necesitados de reforma en los siguientes puntos:

1. Prácticamente hasta el siglo XX la mujer no ha sido considerada igual al hombre, jurídicamente hablando. Aunque con distinto grado y con diferentes caracteres, las civilizaciones históricas pusieron límites a la capacidad de la mujer. Sin embargo la evolución ha tenido, con las naturales alternativas, una dirección constante: la progresión hacia la más plena capacidad de la mujer.

Especialmente interesantes han sido la evolución del Derecho romano y la influencia de la doctrina cristiana que ha influido en un reconocimiento de idéntica dignidad humana para ambos sexos.

En los derechos europeos es importante notar que el derecho español fue, en la legislación visigoda, y en las leyes de Indias, más progresivo que sus contemporáneos, y que en cambio desde el siglo XIX, sin duda por un efecto más del retraso general de España en Europa en esa época,-

el derecho español se quedó atrás en la evolución y adaptación de las leyes concernientes a la mujer soltera, respecto a los pueblos europeos de cuya familia forma parte.

2. Prácticamente se puede decir que en el Derecho comparado vigente toda discriminación por razón del sexo - para la mujer soltera ha desaparecido, estando planteada - la polémica exclusivamente respecto a la mujer casada. En los Derechos más progresivos este tema en el campo, al menos, de los principios, está también resuelto en favor de una absoluta equiparación de marido y mujer. En nuestro Derecho en cambio, si bien -siempre en el campo de los principios- no se discute la plena capacidad de la mujer soltera, no se ha llegado en absoluto a la misma solución para la mujer casada.

3. La doctrina española unánimemente reconoce la equiparación de hombre y mujer, independientemente del matrimonio. El sexo no se considera como una causa limitativa de la capacidad jurídica, ni motivo para un diferente - estado civil de las personas. Pero a pesar de esta postura general no saca las consecuencias críticas de esta afirmación, y pasa por alto las discriminaciones que aún quedan en la legislación española para la mujer soltera, casada, -viuda, anulada o separada, por el solo hecho del sexo, de ser mujer, e independientemente de su matrimonio.

4. La legislación vigente, en el campo de los -- principios, es tan explícita como la doctrina, en el sentido de que no debe haber diferencias en la condición jurídica de hombre y mujer por razón del sexo. Esta idea se re -

fleja en los principios inspiradores de nuestros cuerpos - legales, Código civil y mercantil; en nuestras leyes fundamentales a lo largo de este siglo, y especialmente en las - actualmente en vigor; y se manifiesta de forma explícita - en las leyes dedicadas de manera directa a regular la condición de la mujer, no solo en el campo del derecho privado sino también en el terreno del Derecho Público. Sin embargo estos principios inspiradores no han sido llevados a todas sus lógicas consecuencias, sobre todo por la ley de 1.958, que fue una ocasión perdida de haber resuelto definitivamente en nuestra legislación el problema de la no -- existencia de limitaciones o discriminaciones, exclusiva - mente por razón del sexo, para la mujer soltera o viuda.

5. Que como decíamos más arriba, a pesar de estos principios indiscutibles subsisten una serie de diferencias quizá no muy numerosas ni muy importantes, pero -- que están aún basadas en una innecesaria diferenciación entre el hombre y la mujer, que deberían ser eliminadas, y a las cuales se refieren los siguientes puntos.

6. El régimen de nacionalidad vigente supone una serie de discriminaciones para la mujer española soltera, - y casada, y para los hijos de mujer española soltera y casada.

En casos de padres de distinta nacionalidad, a - los hijos de mujer española, soltera y viuda, les es muy - difícil ostentar la nacionalidad española, y esto no solo - tiene inconvenientes para ellos, sobre todo desde el punto de vista del Derecho español, sino también para su madre, -

a la hora de ejercitar los derechos o funciones que respecto de ellos le corresponden.

En los casos de hijos de madre española soltera, o a cuya unión no se le reconocen por la ley española efectos civiles, sería razonable atribuirles inicialmente al menos la nacionalidad española, de forma mucho más clara que la actual. Y en general toda la regulación de la nacionalidad de la mujer y de sus hijos, especialmente en el caso de matrimonios mixtos se ha quedado anticuada.

7. El régimen de la tutela fue insuficientemente modificado por la ley de 1.958. En la tutela legítima de menores, locos, interdictos, y pródigos, subsisten unos órdenes de llamamientos que establecen claras preferencias, exclusivamente por razón del sexo, que no tienen ninguna justificación, y contrarían los principios fundamentales de nuestro Derecho vigente.

8. El régimen establecido para la mujer viuda o anulada cuando va a contraer nuevo matrimonio es susceptible de mejora, y deben eliminarse de él todas las limitaciones que no tengan su origen en la naturaleza, sino en la prevención a las segundas nupcias o en la obligación de la mujer de guardar un tiempo de respeto para contraer nuevo matrimonio.

También sería deseable mejorar el régimen para lograr una mayor certidumbre de la paternidad.

Por último debería arbitrarse algún procedimiento como el que tienen las legislaciones extranjeras de que la mujer que no ha quedado encinta pudiera contraer matri-

monio, sin ninguna limitación directa ni indirecta, antes de que transcurran los trescientos días de la disolución - de las anteriores nupcias.

9. La regulación de la situación de la madre soltera está descuidada en nuestro ordenamiento. Más que discriminación podemos hablar, en muchos casos, de insuficiente previsión del supuesto o de lagunas legales.

Tanto en la materia de la investigación de la paternidad como en la protección del hijo de madre soltera, - y consecuentemente de ésta, deberían tenerse en cuenta las opiniones de la más moderna doctrina, los ejemplos del Derecho comparado, las enseñanzas de la Iglesia, y las recomendaciones de las Naciones Unidas.

Son especialmente graves: la posibilidad de que el hijo de madre soltera pierda su condición de natural -- por ser ilegítimo no natural en relación a su padre, y debería aclararse este punto en el sentido propuesto por la doctrina española más progresiva; la situación de la madre soltera menor de edad que sigue sujeta a patria potestad - plena; y la posibilidad de perder la madre soltera la patria potestad sobre sus hijos por el reconocimiento posterior hecho por un varón, que debería ser eliminada, salvo en casos especiales.

10. En materia de ausencia queda una norma que - establece una preferencia de llamamientos por razón del sexo, que contraría también esos principios fundamentales de nuestra legislación.

11. Toda la regulación de la dote obligatoria es

anacrónica, caída en absoluto desuso, defectuosa en su regulación, expuesta, si se aplica, a producir graves perturbaciones en la paz de las familias, y en las relaciones patrimoniales incluso de los padres dotantes. Su mantenimiento, como el mismo régimen de la dote, con la extensión que se regula en el Código civil, es una reliquia de tiempos pasados, impropia de la situación social, cultural, y económica de la mujer y de la familia actual. La verdadera -- equiparación del hombre y la mujer solteros ante el Derecho supone no solo la eliminación de las discriminaciones para la mujer, sino también la de sus privilegios históricos que estaban basados en la pretendida inferioridad natural de la mujer.

12. Otra serie de preceptos del Derecho civil, de mucha menor trascendencia, deberían ser revisados a la luz de los principios de nuestras leyes fundamentales, que proclaman la absoluta equiparación por razón del sexo de hombre y mujer, para borrar de nuestros cuerpos legales toda norma basada en esa diferencia, y no justificada por su distinta naturaleza física.

13. En el campo del Derecho penal quedan asimismo una serie de disposiciones que contienen diferencias entre el hombre y la mujer por razón de su sexo. Algunas de ellas están plenamente fundadas en la distinta naturaleza de ellos; otras sin embargo son consecuencia de ideas superadas, y la equiparación proclamada en nuestras leyes fundamentales obliga a eliminar esas diferencias.

El mantenimiento de una edad especial, los 23 --

años, para determinadas situaciones contempladas por la legislación penal es una reminiscencia de la antigua mayoría de edad, y si se mantiene para la mujer es por considerarla insuficientemente madura o capaz. La eliminación de esa edad especial debe ser un corolario natural de la idéntica capacidad del hombre y la mujer ante la ley.

Los delitos de violación y raptó, que solo pueden cometerse cuando el sujeto pasivo sea una mujer, deberían contemplar o contener también atentados semejantes a la libertad y a las costumbres cuando se cometen sobre varones menores de edad.

Los delitos de raptó y estupro tienen una regulación que contiene unas normas excesivamente protectoras de la mujer y que responden a una clara idea de inferioridad de ella. El estupro de la mujer mayor de edad y el raptó con la anuencia de la mujer son casos, cuya calificación como delitos no tiene otra explicación que una pretendida defensa de la mujer basada en la idea de su incapacidad. La igual condición y dignidad de la mujer exige una revisión de esa regulación.

Por fin la regulación de otros delitos, modalizados por el sexo, no parece tampoco adaptada a las circunstancias actuales y la igualdad de derechos de hombres y mujeres. Especialmente el régimen del adulterio es absolutamente incompatible con esa igualdad, y valdría la pena a la vista de esa regulación anticuada, desafortunada e injusta reconsiderar si el adulterio debería estar incluido en el Código penal como delito, o que sus consecuencias se

mantuvieran puramente dentro del campo del Derecho civil o canónico, como sucede en gran cantidad de legislaciones extranjeras.

14. En fin, podemos afirmar que, superadas las posiciones que desde puntos de vista religiosos, biológicos, científicos o sociales, partían de la inferioridad natural de la mujer, nuestro Derecho privado sienta como norma primaria la absoluta capacidad jurídica de la mujer, y reconoce la equiparación de los derechos de la mujer soltera o viuda con el hombre que se encuentra en la misma situación. Pero que subsisten una serie de normas, abundantes aún, que no respetan ese principio y que entrañan, directa o indirectamente, una discriminación, una vejación, o una diferencia de trato para la mujer soltera. Tales normas son excepcionales dentro del Derecho comparado; esas situaciones han desaparecido en casi todos los países de cultura cristiana u occidental, y su mantenimiento constituye un defecto de nuestra legislación, desde un punto de vista sistemático, técnico y social, que debe hacerse desaparecer lo más pronto posible.

- - - - -

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS
DE
"EL ESTATUTO DE LA MUJER SOLTERA O VIUDA
EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL"

= = = = =

- (1).- El Derecho antiguo. Tomo I. Parte general.
- (2).- V. vers. 148; IX. vers. 3.
- (3).- L. GÓMEZ MORÁN.- La mujer en la historia y en la legislación. Madrid. 1.942, pg. 105.
- (4).- La femme dans la civilisation hebraïque. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XI. La femme. Bruxelles. 1.959. --- pg. 125.
- (5).- En un librito muy interesante publicado en Valladolid en 1.902 por RAMÓN FERREIRO LAGO con el título de "Condición-jurídica de la Mujer. Estudio Filosófico, Histórico y del Código Civil", en el que se adelanta con sus progresivas opiniones en muchos años al movimiento de igualdad posterior.
- (6).- La femme dans les droits cuneiformes. Recueils de la société J. Bodin. Tomo XI. La femme. Bruxelles 1.959, pg. 79 y ss.

- (7).- La femme dans la société islamique. JULES ROUSSIER. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XI. La femme. pg. 222.
- (8).- Historia de la Civilización del Antiguo Egipto. Barcelona. 1.966.
- (9).- De 2.723 a 2.563 a.C.
- (10).- J. PIRENNE. Obra citada. Tomo I. pg. 184.
- (11).- Así en el testamento del visir príncipe Nikaure, hijo de - Cheops, el faraón de la gran pirámide.
- (12).- Máximes de Ptahotep publicadas en París en 1.911. "Si tú - eres sabio conserva tu casa. Ama a tu esposa sin reservas. Aliméntala de modo conveniente. Vístela bien. Acaríciala, - cumple sus deseos. No la trates con dureza, pues obtendrás más de ella por la consideración que por la fuerza. Si la - rechazas tu hogar se desbaratará".
- (13).- J. PIRENNE. Ob. citada. Tomo I. pg. 275.
- (14).- J. PIRENNE. Obra citada. Tomo I. pg. 320.
- (15).- Años 2.000 a 1.788 antes de Cristo.
- (16).- J. PIRENNE. Obra citada. Tomo II. pg. 83.
- (17).- E. DRIOTON. La femme dans l'Egypte ancienne. El Cairo. - - 1.950.
- (18).- Le Statut de la femme dans l'ancienne Egypte. Recueils de - la société Jean Bodin. Tomo XI. La femme. pg. 77.
- (19).- L. G. MORÁN. Obra citada. pg. 117.
- (20).- Corso di Diritto Romano. Vol. I. Diritto di famiglia. Ro - ma. 1.925.
- (21).- Ob. citada. pg. 39.
- (22).- En este sentido también HINOJOSA en su Discurso pronuncia - do el 26 de Mayo de 1.907 en la R. Academia de Ciencias No

rales y Políticas y publicado en el Tomo II de sus Obras.- C.S. de Investigaciones Científicas. Madrid 1.955, dice: - "La situación de hecho de la mujer romana, ya en los últimos tiempos de la República, fue muy superior a su condición jurídica. Sometida enteramente al marido en el orden del Derecho estricto, era considerada en realidad como su asociada en la gestión de los asuntos domésticos, y gozaba de gran consideración social".

(23).- Obra citada. pg. 42.

(24).- BONFANTE. Ob. citada, pgs. 42 y 407.

(25).- Le Statut de la femme a Rome jusqu'a la fin de la Republique. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XI. La femme. Bruxelles. 1.959. pg. 177 y ss.

(26).- JEAN GAUDEMET en Le Statut de la femme dans l'Empire Romain. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XI. La femme. pg. 192 y ss., dice que la idea que prevalece en los juristas del Imperio, que no hacen en este punto sino poner de relieve el sentimiento común de los Romanos es la de una inferioridad natural de la mujer. Esta idea pudo tener su origen en las costumbres guerreras de los antiguos romanos, pero persiste en una época en que ya se ha perdido el gusto por el oficio de las armas. Como consecuencia la vieja regla que imponía que la mujer fuera sometida a una incapacidad jurídica perpétua subsiste al principio de la época clásica, pero ya no responde a las costumbres. Así la teoría recibe un doble correctivo: De las costumbres que hacen que la mujer deje la condición subalterna con frecuencia, y del derecho que se ve obligado a adaptarse a las cos

tumbres. Y así la tutela mulierum cae en decadencia; Gayo la critica; una ley Claudia elimina la tutela de los agnados; y finalmente desaparece totalmente.

Pero a pesar de esto la situación de la mujer no se equipara a la del hombre. En el campo del derecho público sus limitaciones siguen siendo grandes. La mujer no -- ejerce ninguna función oficial en la vida política y no -- puede desempeñar ninguna función administrativa. No tiene acceso a los virilia officia, a fin de garantizar su pudicitia.

(27).- GAYO. I. 189.

(28).- Ob. citada. pg. 409.

(29).- GAYO. I. 150.

(30).- Esta institución era la coemptio tutelae evitandae causa.

(31).- Valentiniano II, Teodosio y Arcadio en el año 390 ya permitieron a las mujeres ser tutores de sus sobrinos.

(32).- Obra citada. pg. 350.

(33).- GAUDEMET. Obra citada. pg. 192, dice que "la condición de la mujer es uno de los puntos en los que la influencia del Cristianismo sobre el derecho romano tardío es menos contestable".

(34).- La Comisión Pontificia de estudio sobre los problemas de la mujer, en los días en que se escribe este trabajo (Mayo 1.973) trabaja sobre este tema, pero sus conclusiones no son todavía conocidas completamente. Puntualizando unas revelaciones de la revista italiana "COM", el profesor Federico Alessandrini, director de la Sala de Prensa de la Santa Sede manifestó: "De todas maneras no constituye ninguna

mengua de los derechos naturales de la mujer, que participa, con el mismo título que los seglares, en los que llamamos ministerios. Es evidente -agregó- que existen problemas de orden teológico acerca del acceso de las mujeres al sacerdocio. Los aspectos de esta cuestión son de competencia de la Comisión Teológica Internacional, que ya existe" (ABC. Día 18 de Mayo de 1.973).

- (35).- GARCÍA GALLO, en su Informe publicado en los Anales de la Facultad de Derecho de Toulouse XIV, Fascículo 2, 1.966 titulado "L'evolution de la condition de la femme en Droit -espagnol", tratando de la influencia de los principios cristianos dice: "La Iglesia primitiva aumenta la consideración de la mujer: la nueva ley se predica a todos -no se distingue entre hombre y mujer-, y la mujer, dotada de un alma inmortal, es considerada como coheredera de la gracia. Lo que no impide que, en el orden temporal, conforme a la tradición judía, los escritos eclesiásticos consideren a la mujer como sometida al hombre. Al juicio poco favorable del mundo romano sobre la capacidad de la mujer, se añade ahora el reproche, que, por su falta, el hombre -digno de libertad y de honor, imagen de Dios- ha perdido el Paraíso. San Agustín admite como un hecho natural que la razón de la mujer es inferior a la del hombre".
- (36).- Citado por R. METZ. La femme en droit canonique medieval.- Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XII. pg. 70. nota (2).
- (37).- De Trinitate. XII. 12 MIGNE. Pat. lat. t. 42. col. 1004 -- 1005. citado por RENE METZ.

- (38).- Quaestiones is Heptatenchum. q. 153. Ed. J. Zycha. citado por R. METZ. pg. 72.
- (39).- Tratado contra Faustum. lib. 22. c. 31. ed. ZYCHA citado por R. METZ. pg. 72.
- (40).- R. METZ. Obra citada. pg. 74-75.
- (41).- Obra citada, pg. 358.
- (42).- Curso de Historia del Derecho Español. Tomo II. Vol. I. Madrid 1.950. pg. 85.
- (43).- Liber iudiciorum. Libro VIII. Título IV. Ley XVI. "Si el animalia que es brava mata algún omne".
- (44).- I-L. GANSHOF. Le Statut de la femme dans la monarchie franque. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XII. Bruselas 1.962. pg. 16.
- (45).- Liber iudiciorum. Libro IV. Título III. Ley III. "Cuemo deve omne recebir la guarda de los huérfanos, é quanto deve aver de sus cosas.- Si el padre fuere muerto, la madre deve aver los fijos de menor edad en su guarda, si ella quisiere é si se non casare, assí que de las cosas de los --- fijos faga un escripto".
- (46).- Obra citada. pg. 86.
- (47).- GANSHOF. Obra citada. pg. 22.
- (48).- Sin embargo la solución no se mantiene siempre tan clara.- En derecho visigodo si la hija se casa con un varón distinto del escogido por su padre, los dos quedan bajo la potestad de éste. En derecho medieval la hija que se casa contra la voluntad de su padre, o prefiere seguir con el que la raptó, es en algunos Fueros, desheredada. Desde el siglo XIII, aunque se insiste cada vez más en la necesidad -

de su consentimiento para el matrimonio, se sigue exigiendo además el consentimiento del padre, bajo pena de desheredación. Y solo una Real Pragmática de 1.776 permite a la hija de 23 años o al hijo de 25 años, casarse libremente sin el consentimiento o el consejo de sus padres (Del Informe de GARCÍA GALLO publicado en los Anales de la Facultad de Derecho de Toulouse, ya citado antes).

(49).- Obra citada, pg. 86.

(50).- Libro IV. Título II. Ley IX. "Que la mujer puede aver parte en toda heredad.- La mujer deve venir egualmiente con sus ermanos á la buena del padre, é de la madre, é de los avuelos, é de las avuelas de parte del padre é de parte de la madre; é otrosí á la buena de los hermanos é de las ermanas. E otrosí deve venir á la buena de los tios, é de las tias, é de sus fijos. Ca derecho es que aquellos que natura fizo egualmiente parientes, egualmiente vengán á la buena".

(51).- Obra citada. pg. 87.

(52).- Obra citada. pg. 360.

(53).- GARCÍA GALLO (Informe citado. pg. 76 y 77), señala que a partir del siglo XIII, y como consecuencia de la recepción de los Derechos romano y canónico, se modifica la norma visigótica que no señalaba edad diferente para la mayoría, la capacidad, o la aetas pubertatis de los dos sexos; el Fuero de Valencia y las Partidas introducen, en caso de comoriencia de marido y mujer, la presunción de que la mujer, como ser más débil, ha muerto primero; y en general la condición femenina empeora por la influencia de los textos ju

rídicos romanos, y por el apogeo de la filosofía aristotélica y eclesiástica, hasta el punto de que las Partidas, -siguiendo al Derecho Romano llegan a afirmar: "de mejor -- condición es el varón que la mujer en muchas cosas e en muchas maneras".

(54).- "Nin mujer non lo puede ser, porque non seria cosa guisada, que estouiesse entre la muchedumbre de los omes, librando-los pleytos. Pero seyendo Reyna, o Condesa, o otra Dueña,- que eredasse Señorío de algund Reyno, o de alguna tierra,- tal mujer como esta bien lo puede fazer, por honra del lo-
gar que touiesse; pero esto con consejo de omes sabidores, porque si en alguna cosa errasse, la supiesen aconsejar, e emendar".

(55).- "Ninguna mujer, quanto quier que sea sabidora, non puede - ser Abogado en juyzio por otri. E esto por dos razones. La primera, porque non es guisada, nin honesta cosa, que la - mujer tome officio de varon, estando publicamente embuelta con los omes, para razonar por otri. La segunda, porque an-
tiguamente lo defendieron los Sabios, por vna mujer que de-
zian Calfurnia, que era sabidora: porque era tan desuergon-
cada, que enojaua a los Juezes con sus bozes, que non po-
dian con ella. Onde ellos, catando la primera razon que di-
ximos en esta ley, e otrosi veyendo, que quando las muje-
res pierden la verguença, es fuerte cosa de oyrlas, e de -
contender con ella. E tomando escarmiento, del mal que su-
frieron de las bozes de Calfurnia, defendieron que ninguna
mujer non pudiesse razones por otri".

(56).- En la legislación de Indias, hay un estudio del sexo como-

circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en Anuario de Historia del Derecho español. Tomo VII. Madrid 1.930 pg. 311 y ss. titulado "El sexo como circunstancia modificativa de la capacidad jurídica en nuestra legislación de Indias", pero como dice su autor José María Ots, no es posible presentar un cuadro jurídico completo por dos razones fundamentales: por regir en Indias, con gran amplitud, el derecho castellano de la Metrópoli como supletorio, y por nacer la generalidad de los preceptos del derecho indiano afectados por una nota de casuismo muy acentuada.

(57).- GARCÍA GALLO. Ob. citada. pg. 89 y 90.

(58).- Partida I. Título I. ley XXI.

(59).- Quizá uno de los mejores resúmenes de esta evolución es el que hace HINOJOSA el año 1.907 en su Discurso citado. Dice: "Varias causas influyeron en la mejora de la condición personal y patrimonial de la mujer en los Estados romano-germánicos y en las naciones que de ellos se derivaron; -- por una parte, la acción lenta pero constante de las ideas cristianas; por otra, las modificaciones que experimentan la autoridad del jefe de la familia y la estrecha cohesión entre los miembros de ésta, cuando el Estado, con plena conciencia de su misión, reivindica para sí la protección y el amparo de los débiles, y, finalmente, la recepción del derecho romano con sus instituciones favorables a la independencia económica de la mujer.

La tutela perpétua de las mujeres desaparece por completo, o queda solo para los efectos judiciales, o se trueca en mera asistencia, cesando en absoluto respecto a-

las viudas, desde el punto en que la edad, y por consiguiente la falta de desarrollo intelectual y de experiencia del mundo, y no la incapacidad por razón del sexo, viene a ser el fundamento de la tutela. La corriente favorable a la supresión de la tutela del sexo recorrió las mismas etapas - en casi todas las naciones cultas de Europa, así latinas - como germánicas. Comenzó por atenuarse hasta desaparecer a fines de la Edad Media respecto de la soltera mayor de - - edad y de la viuda, no sin perpetuarse vestigios de ella - hasta nuestra época en algunas regiones de Alemania y Suiza, mientras que la potestad del marido sobre la mujer, -- aunque reducida a límites más razonables, impera aún en la mayoría de los Estados de Europa y América."

- (60).- G. LEPOINTE. La femme aux XIX^e siècle en France et dans le monde de l'Europe Occidentale. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XII. Bruselas 1.962. pg. 499.
- (61).- Sobre la situación jurídica de la mujer española en la esfera pública, véase la interesante exposición que hace GARCÍA GALLO en el Informe citado. pgs. 91 y ss.
- (62).- J. HEMARD. Le Statut de la femme en Europe occidentale au XX^e siècle. Recueils de la société Jean Bodin. Tomo XII. - Bruselas 1.962. pg. 516.
- (63).- La condizione della donna in Austria rispetto all'economia familiare ed al Diritto Successorio.- CARLO PLEVA. pg. 75. publicado en "La Donna negli ordinamenti giuridici degli - stali moderni". Padova. CEDAM. 1.962.
- (64).- La femme devant la legislation et la jurisprudence en Belgique. CHARLES ANTOINE. pg. 95 de la misma obra.

- (65).- Etude sur la femme dans les temps modernes. C. DENISE. pg. 146 de la misma obra.
- (66).- Uguaglianza giuridica della donna nella repubblica federale tedesca. VON TETTAU DIETRIC FREIHIERR. pg. 225 de la misma obra.
- (67).- La condizione giuridica della donna in Grecia. ATHANASIOS-GAZETAS. pg. 265 de la misma obra.
- (68).- La situation de la femme dans la legislation hellenique. - ELEUTERIOS RANTOS. pg. 278 de la misma obra.
- (69).- La condizione giuridica della donna in Italia. ANTONIO BELLOCHI. pg. 308 de la misma obra.
- (70).- La position juridique de la femme mariée aux Pais-Bas en- ce qui concerne le rège matrimonial. MARIA W. PELLETIER. pg. 439 de la misma obra.
- (71).- La condizione giuridica della donna in Svezia. NILS EDWALL pg. 562 de la misma obra.
- (72).- Derecho civil de España. T. II-1. Madrid 1.9 . pg. 241.
- (73).- Instituciones de Derecho civil. Parte general. Tomo I. -- pg. 114.
- (74).- Derecho civil. Tomo 2º. Parte General. 2ª edición. Madrid- 1.911. pg. 180 a 192.
- (75).- Derecho civil español común y foral. Tomo I. Barcelona - - 1.925. pg. 121.
- (76).- Tratado de Derecho civil. Tomo I. Parte General. 3ª edi -- ción. Valladolid 1.925. pgs. 283 a 295.
- (77).- Derecho civil español, común y foral. Tomo 2º. Parte Gene- ral. Madrid 1.927. pgs. 92 a 97.
- (78).- Comentarios al Código civil español. Tomo I. Sexta edición.

Madrid 1.943. pg. 277.

- (79).- Notas a ENNECERUS. Derecho civil. Parte general. Tomo I. - Vol. 1º. 2ª edición española. Barcelona 1.953. pgs. 351 a- 354.
- (80).- Derecho civil español, común y foral. Tomo Primero. 7ª edición. Madrid 1.949. pg. 382.
- (81).- La condición social y jurídica de la mujer. Madrid 1.955.
- (82).- Tratado de Derecho Civil Español. Tomo I. Parte General. - Vol. II. Madrid 1.958. pg. 93 a 95.
- (83).- Derecho civil español. Vol. I. Parte General. 3ª edición.- Madrid 1.968. pg. 211 a 215.
- (84).- Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil. Bilbao 1.971-72. pg. 87 a 89.
- (85).- La mayoría de edad estaba entonces en la legislación española en los veintitrés años.
- (86).- Ob. citada. Tomo 2º. Parte General. 2ª edición. Madrid - - 1.911. pg. 184.
- (87).- Las cifras de población activa diferenciada por sexos son sin embargo muy reveladoras. Según datos de SALUSTIANO DEL CAMPO en "Composición, dinámica y distribución de la población española" en "La España de los años 70. I. La Sociedad". Madrid 1.972. pg. 76, en 1.969, la población activa española se descomponía en 9.414.600 varones y 2.948.900 mujeres.
- (88).- El estudio de la situación y evolución de la mujer soltera en relación con el trabajo, ha sido estudiado ampliamente en el campo del derecho laboral. No es nuestra intención - adentrarnos en esta rama independiente del Derecho, que es

tá hoy más cercana del Derecho administrativo que del Derecho civil.

Sin embargo, aunque sea incidentalmente, no queremos dejar de referirnos someramente a la evolución en este campo y a las posiciones actuales.

Se habla mucho de este problema en nuestra legislación de Indias. En unas Instrucciones de 1.518 se reitera la orden ya dada de que las mujeres indias estén exentas del trabajo de las minas. Pedro de Valdivia prohibió expresamente que se obligara a las mujeres mapuches a transportar cargas de un sitio a otro. En las Misiones de los Jesuitas en el Paraguay, si bien se empleaba a las mujeres indias en el cultivo de los algodones, se exceptuaba a "las embarazadas, las que criaban y otras legítimamente impedidas de salir al campo". En el año 1.609 la Real Audiencia de Santiago de Chile decretó que las mujeres indias estaban exentas del servicio personal obligatorio, y las que voluntariamente lo quisieran hacer lo ejecutarían "bajo un contrato que no había de durar más de un año". Sin embargo la realidad fue que a pesar de lo progresivo de estas leyes, los abusos de los encomenderos se saltaban estas limitaciones, Y así diversos cronistas como Oviedo, Marino de Lobera nos atestiguan los excesos en el trabajo de las indias, por ejemplo en los lavaderos de oro: "Estas mujeres o lavadoras están asentadas orilla del agua, e tienen las piernas metidas en el agua hasta las rodillas o casi", o en las minas: "Pues nunca Su Majestad el Rey Nuestro Señor ha mandado que en sus reinos labrasen minas las muje

res de la manera que hemos dicho ... Encomendero como fue-
Rodrigo de Quiroga tenía en las minas seiscientos indios -
de su repartimiento, la mitad hombres y otras tantas muje-
res ..." (Datos tomados de J. M^a Ots, Obra citada. pg.340)

En el derecho histórico español se impedía a la-
mujer muchos trabajos. Las Ordenanzas Gremiales durante la
Baja Edad Media y la Moderna impiden a las mujeres el ejer-
cicio de los distintos oficios. A fines del siglo XVIII, -
una Real Cédula de 1.784 para Castilla y las Cortes de Na-
varra de 1.794 derogan tales prohibiciones y permiten a --
las mujeres trabajar en toda clase de artes y manufacturas"
compatibles con el decoro y fuerza de su sexo (GARCÍA GA -
LLO. Ob. citada. pg. 89).

Los excesos del siglo XIX en Europa y los abusos
en el trabajo de las mujeres son sobradamente conocidos. -
Las mujeres con los niños, eran explotadas y pagadas menos
que los hombres. La gravedad de esta situación hizo que se
sintiera con especial agudeza la necesidad de reglamentar-
las condiciones de trabajo, y ante la imposibilidad de de-
jar abandonadas a su suerte a estos seres, mujeres y meno-
res, comenzó a desmoronarse el reducto de la mal entendida
libertad del liberalismo económico, para dar paso a las --
primeras leyes de trabajo, que nacen precisamente para pro-
teger a los menores y a las mujeres.

En España, sin perjuicio de las leyes de Indias-
y de alguna norma antigua, como una de Fernando el Católi-
co de 1.512 que dispuso que "las mujeres preñadas de más de
cuatro meses no fueran a las minas ni a la labranza", la -

primera disposición moderna es de 24 de Julio de 1.873 que regula el trabajo de los niños y niñas obreros. Después el Reglamento de Policía Minera de 1.897 estableció en su artículo 33 que "no se permitirá entrar ni trabajar en el interior de las minas a mujeres, de cualquier edad que sean"; y el Real Decreto de 25 de Enero de 1.908 prohibió en absoluto el trabajo de las mujeres menores de edad en una larga serie de industrias.

Las razones de estas normas protectoras son de orden fisiológico, moral, familiar y cultural, y todas ellas se exponen con detalle por ejemplo en la obra "Menores y Mujeres ante el Contrato de Trabajo", de Fernando Suárez González. I. de E. Políticos. Madrid 1.967, de quien hemos tomado la mayor parte de los anteriores datos, y donde se contiene abundante bibliografía sobre el trabajo de las mujeres. Especialmente pg. 136 y 137.

Dentro del trabajo de las mujeres o de la diferencia del hombre y la mujer en cuanto al contrato de trabajo se enfrentan estas posturas: 1. la corriente individualista que sostiene la igualdad de ambos sexos y el derecho de la mujer a acceder a los mismos empleos que el varón. 2. La corriente colectivista que ve la incorporación de la mujer al mundo del trabajo como la primera condición para lograr la emancipación y la igualdad de los sexos, y propone para ello que la colectividad sustituya a las madres en el hogar, y en especial en el cuidado de los niños. 3. la de los defensores de la familia que sin negar los derechos de la mujer al trabajo piensa que la mujer casada -

encuentra su plenitud más en el trabajo del hogar que en el de la fábrica o la oficina y que los cuidados de la madre son irremplazables para el niño. En este sentido PIO-XII dijo: "Es verdad que la mujer significa en el mundo moderno una fuerza con la que hay que contar en la economía de una nación, pero solo a condición de que continúe cuidando las altísimas funciones que son específicamente suyas". Y JUAN XXIII ha afirmado que "es un deber capital velar cuidadosamente para que un trabajo inadaptado a la naturaleza femenina no altere con su acción deformadora la personalidad de las mujeres trabajadoras".

Como dice F. SUÁREZ (obra citada. pg. 143) "la tesis que ha prevalecido en el mundo moderno es la del principio de libertad de trabajo para la mujer, con dos matices fundamentales: la protección del mismo mediante la intervención estatal para adecuar el trabajo a sus posibilidades y dignidad; y la equiparación de salarios para trabajos iguales".

Esta solución es la que se recoge en el preámbulo del Decreto español de 1 de Febrero de 1.962 que dice que al proteger el trabajo femenino se persigue "no una igualdad material entre los trabajadores de ambos sexos --propósito que, más que demagógico, resultaría utópico--, sino suprimir discriminaciones injustas para la mujer y, sobre todo, garantizar el debido respeto a su personalidad de trabajadora, sin perjudicar con ello su futura colocación con un proteccionismo exagerado e injusto, y facilitando su posible preferencia por permanecer en el hogar --

después del matrimonio que, en suma, cuando las circunstancias de la familia lo permitan, es la versión más noble y trascendente del trabajo femenino".

En nuestra legislación laboral se trata de eliminar toda discriminación o limitación de capacidad para la mujer soltera; como dice F. SUÁREZ (obra citada. pg. 152), "Las modificaciones de la capacidad de obrar de la mujer, - por lo que al contrato de trabajo se refiere, están únicamente fundadas en su matrimonio, pues las que se derivan - de su edad son idénticas a las del varón, y el sexo no es por sí solo circunstancia modificativa", y las prohibiciones que se contienen en diversas normas por razón del sexo tienden todas a apartar a la mujer de trabajos peligrosos o inadecuados (F. SUÁREZ. Obra citada. pgs. 177 y ss.).

Y en el orden internacional logrado ya, en general, el reconocimiento de la mujer al derecho al trabajo y su equiparación con el hombre, sin perjuicio de la liberación de la mujer de ciertos trabajos inadecuados, es preocupación de los Organismos Internacionales lograr la aplicación del principio de igualdad de remuneración para hombre y mujer por el mismo trabajo. En este sentido la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su 24 Período de Sesiones, aprobó las siguientes recomendaciones a la Oficina Internacional del Trabajo:

"a) Que continúe el estudio de las medidas para promover la evaluación objetiva de las tareas sobre la base de los trabajos que han de realizarse, con objeto de establecer criterios objetivos de análisis, evaluación y cla

sificación;

b) Que analice la noción de salario así como los factores que determinan su nivel y su estructura (comprendido el salario diferido) con objeto de hacer posible la aplicación efectiva del principio de igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina;

c) Que incluya en sus informes periódicos a la Comisión información pertinente acerca de la marcha de sus investigaciones sobre esta cuestión (en particular los extremos mencionados en los apartados a y b de este párrafo, así como los esfuerzos nacionales para promover la participación de las mujeres en las negociaciones colectivas sobre clasificación, evaluación y remuneración de los empleos)

5. Pide asimismo a la Oficina Internacional del Trabajo que, en colaboración con el Secretario General, ponga al día el documento sobre Salario igual por trabajo igual, y que dé a la versión revisada de este folleto la difusión más amplia posible."

(89).- La mujer soltera no tiene limitación alguna salvo las derivadas de su edad, en los mismos términos que el varón; esta regla, implícita en el artículo 11 de la L.C.T. ha sido confirmada por la ley 56/1.961. M. ALONSO OLEA. Derecho del Trabajo. 2ª ed. Madrid 1.973.

(90).- El artículo 5 de la Ley de 22 de Julio de 1.961 al exigir que la licencia a la mujer casada conste "en forma expresa", puede representar una regresión, ya que choca con la licencia tácita admitida en derecho laboral. Los especia -

listas de este Derecho: ALONSO OLEA "La ley de 22 de Julio de 1.961" en Rev. Adm. Pública nº 36. 1.961. pg. 346, y -- ALONSO GARCÍA "Curso del Derecho del Trabajo". 1.964. pg. 367, entienden que la ley de 1.961 no puede ser interpretada, dado su sentido, para disminuir los derechos que la mujer tenía ya reconocidos.

- (91).- DE CASTRO. Derecho civil de España. Parte General. II-1. -- Madrid 1.952. pg. 243.
- (92).- CASTÁN TOBEÑAS. Derecho civil español, común y foral. Tomo Primero. 7ª edición. Madrid 1.949. pg. 386.
- (93).- Derecho de familia. Sevilla 1.949. pg. 305.
- (94).- ¿Reforma o supresión del artículo 321?. ADC. 1.952. pg. -- 205 a 208.
- (95).- "Comentarios al Código civil". II. 6ª ed. Madrid 1.949. -- pg. 787.
- (96).- "Alcance del artículo 321 del Código civil". RDP 1.968. -- pg. 515.
- (97).- DE CASTRO en un reciente artículo comentando la reforma de 1.972 "La ley de 22 de Julio de 1.972" A.D.J. 1.972. pg. - 943, dice: "El viejo texto se mantuvo con retoques y mejoras secundarias, aunque sin salvar su intrínseca incongruencia. El legislador no admitió la propuesta de abolición, y frente a ella, parece haber tratado de fortificar, fundamentándolo, el artículo 321".
- (98).- Derecho de nacionalidad. PERE RALUY. Madrid. pg. 17.
- (99).- En la actualidad, según PERE RALUY (Derecho de nacionalidad Barcelona 1.955. pg. 46), la inmensa mayoría de los ordenamientos de la nacionalidad se abstienen de imponer a la mu

jer extranjera casada con un nacional la ciudadanía de éste y a lo sumo otorgan a la mujer un derecho de opción o de naturalización privilegiada. (Así en Brasil, Suecia, Inglaterra, Francia, etc.).

De todas las leyes europeas posteriores a 1.940- sobre esta materia, solo la española mantiene el principio de unidad familiar en su pureza, y aun la nuestra introduce alguna atenuación para evitar situaciones de apatridia.

(100).- La Resolución de 13 de Julio de 1.971 de la Dirección General de los Registros, aunque reconoce que "el Código civil recoge el principio de la dependencia familiar", aclara -- que "son varios los supuestos en que los hijos, conforme -- al Derecho español, pueden tener distinta nacionalidad que el padre", y no lleva ese principio a sus últimas consecuencias ya que a pesar de ese fuerte criterio favorable a la unidad de nacionalidad, concluye que "el sometimiento a la patria potestad de un español en virtud de adopción no comporta la adquisición de la nacionalidad española".

(101).- Por ejemplo ha prescindido del requisito del exequatur para la sentencia extranjera de disolución dictada por un -- Tribunal Secular, cuando en buenos principios haría falta- (Reg. D. General de 26 de Marzo de 1.951) para facilitar -- la recuperación de la nacionalidad por la mujer española.

(102).- De hecho esto a veces no sucede así, de puro absurda que -- es la situación, aplicándose la ley del lugar por el Juez- del domicilio del menor; pero en puro Derecho creo que (salvo en casos que rocen el campo penal o el orden público), -- la ley aplicable sería la extranjera.

- (103).- PERE RALUY. Ob. citada. pg. 126. nota 27.
- (104).- DE CASTRO. Obra citada. II-1^a. pg. 414.
- (105).- A favor PERE RALUY. Ob. citada. pg. 119 y 120, y en contra-
DE CASTRO. Ob. citada. pg. 414.
- (106).- En cuanto a la tutela de los prodigios en general. Vide DE-
CASTRO. Ob. citada. pg. 331 y ss.
- (107).- DE CASTRO. Ob. citada. pg. 343.
- (108).- La citada sentencia, en dos de sus Considerandos, dice:

"CONSIDERANDO: Que no se adapta a este concepto de prodigalidad ni es aceptable la tesis de la Sala sentenciadora según la cual solo en los actos de disposición de bienes puede fundarse la declaración de este estado y no cabe, por consiguiente, que sea sometida a interdicción la mujer, que, por estar sujeta a la autoridad marital, carece de la libre disposición de la suyo; pues de una parte, es indudable que si concurre el peligro de pérdida del patrimonio que la ley, en defensa de los intereses de la familia quiere precaver, es indiferente que la dilapidación se revele por modo directo, a través de los gastos excesivos e inútiles, o indirectamente, a través de una desordenada e irregular administración que, a la larga, se habrá de traducir también en gastos innecesarios, y de otro lado preciso es tener en cuenta que si bien, normalmente, la asistencia marital servirá de freno adecuado a las inclinaciones dilapidadoras que pueda mostrar la mujer casada, no cabe descartar la posibilidad de que, por la situación en que se desenvuelve la vida matrimonial en relación con la esfera de facultades administrativas que a aquélla perte -

nezcan, y aun por las singularidades del caso, resulte insuficiente la licencia marital para evitar el daño que esa tendencia a la disipación pueda traer consigo y salvaguardar, por ende, los intereses de los herederos forzosos."

"CONSIDERANDO: Que los hechos y omisiones probados en la litis y contemplados en su conjunto, acusan por modo inequívoco la dejadez y abandono con que doña Margarita P. y L. de T. procede habitualmente en la administración de sus bienes y en la conservación de su patrimonio y demuestran también la ligereza de que ha dado muestras, en la esfera de los actos de disposición, al dejar escapar de dicho patrimonio determinados bienes o al ponerlos en riesgo de que se pierdan; todo lo cual, unido al peligro muy acentuado de que al adquirir dicha señora la facultad de libre disposición como consecuencia del pleito que ha seguido con su marido sobre separación de personas y bienes, pudiera, ya sin trabas, ejercitar sus inclinaciones disipadoras y llegar a causar la ruina de su patrimonio, en perjuicio de sus hijos, hace procedente la declaración de prodigalidad solicitada, conforme al artículo 221 y siguientes del Código Civil, por el hijo y heredero forzoso de aquélla don Gonzalo G. de B.P."

(109).- "El matrimonio y las causas matrimoniales". Madrid. 4ª edición. 1.945. pg. 401.

(110).- Las soluciones de algunos Códigos cercanos al nuestro son las siguientes:

El Código italiano, en su artículo 89, dice:

"No puede contraer matrimonio la mujer, si no es después de trescientos días de la disolución o anulación - del matrimonio precedente, exceptuado el caso en que el matrimonio ha sido declarado nulo en el sentido del art. 123 (que es impotencia perpétua).

El Rey o la autoridad en que se delegue por él - pueden conceder dispensa de esta prohibición.

La prohibición cesa desde el día en que la mujer ha dado a luz."

El Código francés, en su artículo 228, reformado por leyes de 9-8-1.919, 9-XII de 1.922, 4-2-1.928 y 19-2 - de 1.933, dice:

"La mujer no puede contraer nuevo matrimonio si- no pasados trescientos días cumplidos desde la disolución- del matrimonio precedente.

Este plazo se acaba en caso de parto sobrevenido después de la muerte del marido.

El Presidente del Tribunal Civil competente por- el lugar en que el matrimonio debe ser celebrado, puede, - por providencia, a simple solicitud, abreviar el plazo pre- visto por el presente artículo y por el artículo 296 del - presente Código, cuando resulte con evidencia de las cir- cunstancias, que desde hace trescientos días, el el prece- dente marido no ha cohabitado con su mujer. La solicitud - está sujeta a comunicación al Ministerio Público. En caso- de rechazo de la solicitud, puede ser interpuesta apela -- ción."

El Código suizo, en su artículo 103, dice:

"La viuda, la esposa divorciada, la mujer cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, no pueden volverse a casar antes de la expiración de trescientos días a partir -- de la disolución o de la anulación del precedente matrimonio.

Este plazo se termina en caso de parto.

El Juez puede abreviar, cuando no es posible que la viuda esté encinta por causa de su marido, o cuando los esposos divorciados se vuelven a casar."

(111).- Ob. citada. Parte General. Tomo I. pg. 683.

(112).- En favor de una elevación de la edad para contraer matrimonio exigiendo 18 años a ambos sexos, el proyecto de reforma del derecho de familia italiano, todavía en trance de estudio y aprobación legislativa. Corriere della Sera. 11- de Enero de 1.973.

(113).- PUIG BRUTAU (ob. cit. pg. 183) cree que "La función que -- nuestro Derecho atribuye al padre natural es una verdadera patria potestad y no un simple poder análogo. El contenido corresponde verdaderamente a la denominación, aunque los padres naturales no tengan el usufructo legal sobre los bienes de los hijos. En definitiva, la función paterna tiene un carácter predominantemente personal y los padres naturales gozan de todos los derechos derivados de la patria potestad".

(114).- Sobre la evolución de la patria potestad de los hijos naturales, su fundamento y las soluciones del Derecho comparado vide: La patria potestad. CASTÁN VÁZQUEZ. E. Revista De recho Privado - Madrid 1.960. pgs. 125 - 132.

(115).- Sobre estos puntos vide: CASTÁN VÁZQUEZ, obra citada. pgs. 171 y ss. y 253 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS. Ob. cit. Tomo V. -- vol. II. 7ª edición. pg. 123 y ss.; PUIG BRUTAU. Fundamentos de Derecho Civil. Tomo IV. Vol. II. pg. 171 y ss.

(116).- El problema de la investigación de la paternidad es relativamente moderno. En Derecho antiguo cuando la existencia - del concubinato daba certeza a la filiación natural (caso de las Partidas) o cuando los derechos de los hijos ilegítimos eran muy escasos, apenas si preocupó el problema.

Al prohibir el Código francés la investigación de la paternidad con la sola excepción del rapto, motivó un - cambio en casi todas las legislaciones del siglo XIX. La - nuestra no fue una excepción y tanto el Proyecto de 1.851, como el Código de 1.889, determinado por la base quinta de la Ley de 11 de Mayo de 1.888, mantuvieron un criterio muy restrictivo.

Lo que sucedió después es que los modelos se - - adaptaron y modificaron y en cambio nuestro Código ha subsistido inalterado. En efecto Francia modificó el sistema-prohibitivo en 1.912 y recientemente por la ley de 15 de - Julio de 1.955. En Italia el Código de 1.942 modifica el - sistema del de 1.865, y admite la declaración judicial de paternidad en una serie de casos.

Nuestra legislación se ha quedado también en este punto anticuada, y así lo ha manifestado la doctrina, - que es en su gran mayoría partidaria de una nueva regulación, mucho menos limitativa, de la investigación de la paternidad.

CASTÁN TOBEÑAS (Ob. citada. Tomo V. Vol. II. pg. 67) dice que "La opinión moderna está muy lejos de compartir los viejos prejuicios que impulsaron al legislador - francés a prohibir la investigación de la paternidad. Por el contrario, la doctrina se inclina hoy a proclamar el derecho de los hijos a conocer a sus padres, admitiendo, por consiguiente, como exigencia de justicia, la investigación de la paternidad" y que "La prohibición, por otra parte, - difícilmente podría apoyarse en la moral cristiana".

DÍEZ PICAZO (Reclamación de la filiación natural. ADC 1.959. pg. 1.418) cree que los abusos a que puede dar lugar admitir la investigación de la paternidad, no es razón suficiente para prohibirla. Que "para evitar las falsas imputaciones de paternidad el mejor camino será sancionarlas de manera especial, pero nunca yugular las verdaderas. El temor al escándalo no pasa de ser un pretexto fundado en una moral hipócrita y burguesa", y que la directriz fundamental que debe orientar al Derecho español es - el favor de los hijos, y que "el pecado de origen no puede servir de excusa al padre para eximirse de cumplir los deberes que la paternidad impone" y que "privando de derechos a los hijos naturales no se protege a la familia legítima, sino que se sanciona a un inocente a cambio de eximir al culpable; por otra parte, la dificultad de determinar la paternidad natural no puede ser un obstáculo para que los Tribunales, ponderando y valorando todos los elementos de juicio de que disponen y todas las circunstancias del caso concreto, la establezcan en su fallo".

J. GONZÁLEZ PÉREZ ("La inscripción en el Registro Civil de los llamados hijos ilegítimos no naturales", - Rev. G. de Legislación y Jurisprudencia, 1.954, 1er. semestre, pg. 13) dice que "la prohibición de investigar la paternidad tiene su base, no en la protección de la familia legítima, sino en una serie de prejuicios clasistas burgueses que contrarían los principios de justicia".

(117).- Es también más liberal que el Código civil en la investigación de la paternidad, el artículo 4 de la Compilación catalana vigente, declara influencia canónica como señaló R. SASTRE en su Conferencia en el C. de Abogados de Barcelona "Los elementos componentes de la Compilación", publicada con otras por la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona en un volumen titulado "Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña". En la misma publicación R. FAUS. pg. 43 defiende la libre investigación de la paternidad rechazando los escrúpulos de los legisladores de la Revolución Francesa y de los que siguieron sus huellas.

(118).- SÁNCHEZ ROMÁN. Derecho civil. Tomo V. Vol. 2º. pg. 991.

(119).- En este sentido CASTÁN TOBEÑAS. Ob. cit. pg. 48. No obstante reconoce como novedad del Código la de admitir implícitamente dos clases de hijos naturales: los verdaderos a los que se refiere el art. 119, y los presuntos que resultan del artículo 130. La presunción puede sin embargo ser impugnada por los perjudicados cuando el hijo no reúna las condiciones exigidas por el Código, conforme al art. 138 y a la S.T.S. de 9 de Junio de 1.893.

Y PUIG BRUTAU (Ob. cit. pg. 59) reconoce esas -- dos clases de hijos naturales, pero cree que se trata de -- una de las presunciones que pueden destruirse con prueba -- en contrario, cuando el hijo no reúna los requisitos del -- segundo párrafo del artículo 119 y la impugnen aquellos a -- quienes el reconocimiento perjudique conforme al art. 138.

(120).- El artículo 25,2 de la Declaración de Derechos Humanos -- aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1.948 dice: "La maternidad y la infan -- cia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. To -- dos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

Y las Constituciones recientes o equiparan a los hijos legítimos e ilegítimos (Guatemala, Bolivia, Panamá, -- Yugooslavia, Rusia, Méjico), o disminuyen muchísimo las di -- ferencias (Uruguay, Costa Rica, Rumanía, Italia).

(121).- ALBALADEJO (El reconocimiento de la filiación natural. Ed. Bosch. Barcelona 1.954. pg. 141) cree que ese reconocimien -- to es posible de hecho, pero no de derecho. Y basándose en la antigua Sentencia de 9 de Junio de 1.893 que afirmó que "el artículo 130 no define la filiación natural, sino que -- la da por definida en el art. 119, y se limita a declarar -- que el hijo así reconocido se presume natural, si el que -- lo reconoce tenía capacidad para contraer matrimonio al -- tiempo de la concepción", cree que no está permitido hacer el reconocimiento ni siquiera al padre, que, aunque no le -- fuera imposible casarse al tiempo de la concepción, no lo -- hubiere podido hacer con el otro progenitor.

(122).- En cuanto a los hijos sacrílegos nuestro Derechos histórico los consideró siempre como ilegítimos, y ésta es la posición de la mayoría de los Tratados.

M-RADIO (Notas acerca de la filiación legítima - no natural. RDP. 1.957. pg. 368) dice que conforme al Código civil, art. 83,4^a no pueden contraer matrimonio los ordenados in sacrio ni los profesos en una orden religiosa - canónicamente aprobada, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica. Si se relacionan estas palabras con el art. 119 que deroga el requisito de la "sin dispensación" de las leyes de Toro, habrá que concluir que los hijos sacrílegos, pueden tener la consideración legal de naturales.

Y cree que como la doctrina de los impedimentos ha de interpretarse en sentido restrictivo, "es indudable que la mayor o menor rareza con que se obtenga la dispensa no puede equipararse a la prohibición absoluta de ella, -- por lo que, a la letra del Código, tales hijos, al poder obtener dispensa los padres (aunque ésta sea rarísima) han de considerarse como naturales".

A lo que podemos añadir nosotros hoy que el problema se ha hecho más grave cuantitativamente, pero menos por otro lado, en cuanto que esas dispensas ya no son tan "rarísimas" como antes eran.

(123).- Sobre este punto A. DE LA ESPERANZA M-RADIO (Obra citada.- pg. 377) reconoce la posibilidad de la declaración de la paternidad en los casos de hijos ilegítimos no naturales.

(124).- El Código italiano permite en su artículo 252 que los hi -

jos adulterinos puedan ser reconocidos por el padre que al tiempo de la concepción no estaban casados, aunque el otro lo estuviera.

- (125).- El Tribunal Supremo ha declarado que la acción no es de carácter público, y que carecen de ella quienes no acrediten hallarse comprendidos en el caso del precepto legal, así -- como los parientes del testador en quienes no concurre la -- condición de herederos forzosos del mismo (S. de 18 de -- Abril 1.915, 10 Febrero 1.942 y 24 Diciembre 1.913).
- (126).- A favor de la equiparación de los hijos naturales con los -- legítimos se aduce que los hijos no pueden ser responsa -- bles de las faltas de sus padres. Como CASTÁN (Oc. cit. -- pg. 106) dice, hay que tratar de conciliar dos respetables -- intereses: el del hijo natural, inocente de su culpable -- procreación, y el de la familia legítima, baluarte de los -- pueblos civilizados.
- (127).- No existe la patria potestad respecto a ellos (A. DE LA ES -- PERANZA M-RADIO. Ob. cit. pg. 382). La representación le -- gal de estos hijos no corresponde, por tanto, ni al padre -- ni a la madre, ni aun en los supuestos de reconocimiento o -- declaración judicial del vínculo, por lo que será necesa -- rio montar todo el organismo tutelar.

Como dice el mismo autor, esta desconfianza del -- legislador "originará trámites, gastos y molestias innece -- sarios, si se hubiera atribuido la representación del me -- nor al padre o a la madre cuando estuvieren identificados", -- y "la situación del hijo ilegítimo no puede ser de mayor -- desamparo si se considera que en la práctica, solamente se

organiza la tutela en aquellos casos en que no se puede -- prescindir de esa formalidad, sin considerar como primor -- dial el cuidado del menor que requiere atención asidua".

(128).- Obra citada. pg. 373 y pgs. 381 y ss.; especialmente la -- pérdida para el hijo de todo status familiae con todas sus consecuencias.

(129).- Ob. cit. pg. 372.

(130).- Vide CASTÁN TOBEÑAS (Ob. cit. pg. 56) donde se recogen las diversas posiciones doctrinales, la discusión sobre la posibilidad de usar las diversas formas de reconocimiento y las soluciones del Derecho comparado.

(131).- El Código italiano, en su artículo 250, permite el reconocimiento por el padre desde los dieciocho años, y por la madre desde los catorce, a menos que el reconocimiento se haga con ocasión del matrimonio.

(132).- Esta situación sí se puede producir y ser una salida, aunque incompleta para la madre soltera menor de 21 años que con consentimiento de sus padres lleve vida independiente. Para el estudio de esta situación más extensamente vide DE CASTRO. Obra citada. Tomo II-1. pg. 195 y ss. Conforme a -- este autor "el hijo menor no puede vivir más que con una -- relativa independencia respecto de quien ejerza sobre él -- la patria potestad, pero no puede exceder aquélla de lo -- permisible, sin que el guardador incurra en abandono del -- menor, dadas las circunstancias de personas y bienes". No cabe duda que en este caso las "circunstancias" de las personas deben ayudar a facilitar esa vida independiente. También según el mismo autor el hijo que viva en esa situa --

ción "podrá tener, sin limitaciones, los bienes que adquiere por su trabajo o industria". Y estos son precisamente — una parte muy importante, y normalmente de los que pueden vivir la madre soltera y su hijo.

(133).— CASTÁN VÁZQUEZ. Ob. cit. pg. 31 y ss.

(134).— Ob. citada. pg. 141.

(135).— Ob. citada. pg. 55.

(136).— Ob. citada. pg. 112.

(137).— Reconocimiento sucesivo de hijos naturales. RDP. 1.953. — pg. 276.

(138).— La filiación. Madrid. V. Suárez. 1.930. pg. 211.

(139).— Ob. citada. pg. 141.

(140).— Ob. citada. pg. 135.

(141).— El art. 383, tal como quedó redactado por esa ley, dice:

"La patria potestad sobre los hijos naturales legalmente reconocidos es ejercitada por aquel de los padre o madre que les haya reconocido primero; en caso de reconocimiento simultáneo del padre y de la madre, solo el padre ejerce la autoridad correspondiente a la patria potestad;— en caso de premoriencia de aquel de los padres al que corresponde la patria potestad, el sobreviviente está investido de ella de pleno derecho.

El Tribunal puede, sin embargo, si el interés — del niño lo exige, confiar la patria potestad a aquel de los padres a quien no le corresponde por la ley.

Bajo estas reservas, y salvo lo que se dirá en — el artículo 389 sobre la administración de los bienes (que contiene una regulación muy minuciosa de tipo casi tutelar)

la patria potestad sobre los hijos naturales se regula como la relativa a los hijos legítimos".

- (142).- Algunos autores como el cubano JOSÉ MACHADO (citado por -- CASTÁN VÁZQUEZ, ob. citada. pg. 135) han señalado que como los padres naturales viven casi siempre separados, la patria potestad debe otorgarse como regla general a la madre.
- (143).- ALBALADEJO. Ob. citada. pg. 115. CASTÁN TOBEÑAS. Ob. citada. pg. 141. PUIG BRUTAU. Ob. citada. pg. 184.
- (144).- Cuestionario del Código civil reformado. Madrid 1.899. tomo I. pg. 247 y 248.
- (145).- Estudios de Derecho Civil. Madrid 1.912. Tomo V. Vol. II.- 2ª edición. pg. 1.134.
- (146).- Notas a Colin y Capitant. Madrid 1.923. Tomo II. Vol. I. - pg. 224.
- (147).- Tratado de Derecho Civil español. Ed. RDP. Madrid. Tomo II. Vol. II. pg. 162.
- (148).- Ob. citada. pg. 115.
- (149).- Curso elemental de Derecho civil español común y foral. Madrid 1.920. Tomo VI. pg. 457.
- (150).- Tratado de Derecho Civil español. Valladolid 1.926. 3ª edición. Tomo IV. pg. 519.
- (151).- Código civil comentado y concordado. Madrid 1.890. Tomo -- III. pg. 324.
- (152).- Ob. citada. pg. 185.
- (153).- Ob. citada. pg. 140.
- (154).- Obra citada. pg. 289.
- (155).- El artículo 49 de la Ley del Registro Civil vigente ha ex-

tendido las posibilidades del artículo 131 del Código civil. Dice que "puede hacerse con arreglo a las formas establecidas en el Código civil, o mediante declaración del padre o de la madre, en cualquier tiempo, ante el encargado del Registro, suscrita al margen y firmada por ellos. Y en este caso se exige el consentimiento del hijo o la aprobación judicial". Frase esta última que es asimismo un argumento en contra de la necesidad de consentimiento del padre que reconoció primero.

- (156).- La Real Orden de 5 de Mayo de 1.917, modificando el criterio de una Resolución de la Dirección General de 12 de Julio de 1.914, dispuso que en lo sucesivo se anotaran marginalmente los reconocimientos hechos en testamento sin necesidad de acreditar el fallecimiento del testador.
- (157).- Hipótesis perfectamente admitida por CASTÁN. Ob. cit. pg. 59. y PUIG BRUTAU, la admite con ciertas restricciones (Ob. cit. pg. 74) y ALBALADEJO (Ob. cit. pg. 160 y 161) cree -- que no se puede dar en este caso reconocimiento en sentido estricto.
- (158).- Ob. cit. pgs. 30, 51 y 84.
- (159).- El Tribunal Supremo lo resolvió admitiendo el primer reconocimiento por estar hecho en forma legal e inscrito en el Registro civil, y amparado por éste. Esta situación jurídica no puede ser destruída por otro reconocimiento posterior, también en forma legal, si no ataca al mismo tiempo, directa y válidamente, la situación existente y el acto -- que lo creó.

La solución es práctica, pero no cabe duda que -

tampoco aquí la preferencia en el tiempo es un argumento - decisivo, ni aporta ninguna seguridad de que el primero -- sea cierto, y el segundo falso.

- (160).- Sobre las soluciones posibles en caso de dos reconocimientos por persona del mismo sexo vide ALBALADEJO. Ob. cit. - pg. 145.
- (161).- Ob. cit. pg. 141.
- (162).- Ob. citada. pg. 58.
- (163).- Ob. citada. pg. 137.
- (164).- Derecho civil vigente en Cataluña. Tomo IV. Barcelona 1.944 pg. 85.
- (165).- E incluso aunque ese padre sea menor de edad, porque conforme a la Circular de 20 de Abril de 1.971 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, que contiene las Instrucciones para la aplicación de las nuevas normas de la ley de adopción de 1.970, el padre o madre que lo ha reconocido aunque sea menor de edad, tiene la patria potestad, y puede prestar - ese consentimiento.
- (166).- F. DE A. CONDOMINES VALLS en una conferencia de 1.960 en - el Colegio de Abogados de Barcelona, decía: "La dote obligatoria está en desuso hasta el extremo de que en las aportaciones dotales que se hacen en los capítulos matrimoniales del campo, aparte de que muchas veces al declararse pagados los legitimarios le llaman dote a la legítima, está aportada en consideración a liberalidades que ha recibido el contrayente y desde luego es proporcionada y no disminuida con respecto a ella, a veces hasta simbólica. En la ciudad tiene esas formas, cuando las tiene. Y el origen de

su incumplimiento está clarísimo, por muchas precauciones- que se tomen, y la Compilación ha tomado todas las que podía tomar, eso de hablar de que la dote consistirá en la mitad de la legítima presunta nos coloca en un terreno de investigación prohibida, en un terreno de restricciones a la facultad dispositiva del padre, absolutamente inaplicable y absolutamente imprevisto porque es indispensable hacerles comprender a las gentes esto que parece clarísimo, pero que no acaban de entender: que se tiene un derecho a la herencia del padre, que en defecto de institución o de legado se llama legítima, pero ese derecho es para el momento en que el padre desaparezca por muerte. Ahora bien, conocido y hasta deseado el derecho, es indispensable para ejercitarlo que exista un patrimonio relicto; y a eso no tiene derecho nadie". Publicada por la Academia de J. y Legislación de Barcelona. 1.961.

- (167).- CÁMARA en "Capacidad patrimonial de la mujer casada", en Estudios de Derecho civil en honor del P. Castán Tobeñas.- Tomo VI. Pamplona 1.969. pg. 101. nota 6, dice: "El sistema dotal por lo que se refiere al derecho común está prácticamente en desuso. Lo mismo puede decirse de la constitución de dote".
- (168).- Sobre este punto vide LACRUZ BERDEJO. Estudios de Derecho civil. Bosch. Barcelona. 1.958. pg. 311.
- (169).- El Congreso de Mujeres Juristas Italianas, celebrado en Roma en 1.963, llegó a la conclusión de que la dote es una institución propia de aquellas civilizaciones que consideran a la mujer como a un ser inferior.

Y la reforma francesa del Código civil de 1.965-derogó totalmente el régimen dotal. Pero antes de ser derogado había dejado ya de existir en la práctica (como sucede en España, añadimos nosotros). Una encuesta realizada dió como resultado que mientras en 1.898 adoptaren el régimen dotal aproximadamente diez mil contratantes, en 1.962-optaron por él solo veinte. (Datos de M. SÁINZ LÓPEZ NEGRETTE en "El nuevo régimen matrimonial francés". RCDI. Julio-Agosto 1.966. pg. 892).

- (170).- Sobre este tema hay muchas referencias en los dos libros - dedicados a La Femme. Tomos XI y XII de los Recueils de la société Jean Bodin. Bruselas 1.959 y 1.962.
- (171).- IACRUZ. Ob. citada. pg. 281.
- (172).- Sobre este punto vide GARCÍA GARRIDO. Ius uxorium. Cuaderno del Instituto Jurídico Español. Roma-Madrid 1.958. pgs. 57 y ss.
- (173).- Con especial referencia al Derecho romano y al Derecho catalán. J. LALINDE. La dote y sus privilegios en el Derecho catalán. Barcelona 1.962. pg. 67.
- (174).- GARCÍA GARRIDO. Ob. citada. pg. 58.
- (175).- Especialmente en las pgs. 281 y ss. y 325 y ss. de la citada obra.
- (176).- GARCÍA GARRIDO. Obra citada. pg. 12.
- (177).- GARCÍA GARRIDO. Obra citada. pg. 76.
- (178).- Partida 4ª. Título XI. L. 8.
- (179).- Ob. citada. pg. 305.- El autor dice: "La obligación de dotar en Cataluña como en Castilla, la tiene el padre, como jefe de la familia, y administrador de los bienes. Esta --

obligación del padre a favor de la hija que toma estado, - es decir, que se casa o profesa, se extiende a la hija natural reconocida; pero no a las hijas ilegítimas, que no pueden ser reconocidas. Como rige en Cataluña el derecho romano y éste funda la obligación de dotar en la patria potestad, no existiendo ésta respecto de la hija emancipada, tampoco tendría que existir la obligación de dotarla. Pero ya en los últimos tiempos del derecho romano, debido a la influencia del Cristianismo, además de aquel fundamento, - nace la obligación de dotar del cariño o de los deberes de padre. El Código de Justiniano (ley 7ª, tít. XIV, lib. V.) establecía que el padre tenía igual obligación respecto de la hija emancipada que de la que estaba bajo su potestad."

(180).- Ob. citada. pg. 21.

(181).- Ob. citada. pg. 18.

(182).- Compilación de Derecho civil de Cataluña. - 1.960 - pg.72.

(183).- En este mismo sentido, LALINDE. (Ob. citada - pg. 19), y - A. PARRA MARTÍN. "La presunción muciana en el Derecho civil de Cataluña" en "Estudios jurídicos sobre la Mujer Catalana". Barcelona 1.971. pg. 66.

(184).- Sobre la naturaleza de la dote obligatoria se han hecho -- más estudios y ensayos en Cataluña que en los territorios de Derecho común, donde casi únicamente LACRUZ se ha ocupado en diversas ocasiones de esta institución.

"Estructura del acto de constitución de dote". - R. G. de Legislación y Jurisprudencia - 1.951 - pg. 51 y - ss.

"Onerosidad y gratuidad en el acto de constitución de dote" - R. J. de Cataluña - 1.962 - pg. 3.

"La constitución obligatoria de la dote". R. J. de Cataluña. 1.954. pg. 417 y ss.

Estudios de Derecho civil. "Dote" - pg. 277 y ss.

(185).- Sobre este aspecto hereditario que tiene la dote obligatoria y sobre el que no se ha insistido en Derecho común, se ha hablado bastante en cambio en Derecho catalán.

ENCARNA ROCA en su estudio "Responsabilidad de los bienes parafernales", publicado en "Estudios Jurídicos sobre la mujer catalana". Publicaciones de la Cátedra de Derecho Civil Catalán "Durán y Bas". Barcelona 1.971, señala que en la dote hay que considerar un doble aspecto y dice:

"a) En su aspecto hereditario o sucesorio, la dote se puede considerar como un anticipo de la legítima paterna. Como tal la consideran el Código civil y la Compilación de Derecho catalán. El art. 26 de la Compilación, coincidiendo con el art. 1.341 del C.c., dice que consiste en la mitad de la legítima individual presunta. Por tanto, bajo este aspecto sucesorio, sería irreclamable por parte del marido, por ser un derecho personal de la mujer, como legitimaria.

b) Sin embargo, y aparte de este aspecto, que es muy importante, existe otro más importante todavía, y es el económico-matrimonial. La dote se constituye en fa -

vor de la hija que se casa, sustancialmente para ayudar -- al marido a sostener las cargas del matrimonio. Este aspecto es fundamental y aparece ya en los primitivos textos de Derecho romano, de modo que, según afirma GARCÍA GARRIDO, en los principios de Derecho Quirritario la dote supone una donación o aportación de bienes que la familia de la mujer hace a la del marido: en el Derecho clásico, sigue opinando el mismo autor, el objeto de la dote se considera como todo bien o entidad económica que produce una utilidad en el patrimonio del que la recibe; el mismo autor afirma que en la evolución que se efectúa de la dote en Derecho justiniano, ésta se considera formada "por los bienes aportados por la mujer al matrimonio y destinados a producir réditos con qué atender a las cargas matrimoniales, declarándose de interés público su constitución y estando destinada a subvenir las necesidades de la mujer y de los hijos".

Que la dote está destinada en la actualidad a atender las cargas del matrimonio está claramente expresado en el art. 30 de la Compilación, 2ª, en el que se declaran nulos los pactos que no permitan aplicar los frutos de la dote al levantamiento de las cargas matrimoniales."

Y VICTORIO MAGARIÑOS, en su estudio publicado en el mismo libro, "Algunos aspectos del régimen de separación de bienes en Cataluña", afirma en su página 22 que "en relación con la hija dotada, la dote obligatoria supo-

ne un anticipo obligatorio de legítima", y lo razona -- así:

"Ya RIPOLL nos decía que se trataba de un problema de legítima y en consecuencia los bienes sujetos a fideicomiso podían venderse para dotar si aquél estaba -- constituido a favor de los descendientes, y que en el caso de no pagarse la dote prometida, fallecidos el padre y el marido, los herederos de aquél, hermanos de la reclamante, deben pagar la dote con sus intereses, que son accesorios a la dote, y se deben pagar a la mujer. Y FONTANELLA señalaba que el carácter oneroso de la dote desaparece con respecto a la cantidad que excede de lo debido como legítima y que en Cataluña se considera la dote como onerosa -- en cuanto suele hacerse en virtud del derecho de legítima.

Y FAUS y CONDOMINES dicen que en Cataluña la dote ha marchado siempre paralela con las legítimas, hasta -- el punto que, en el lenguaje vulgar, se confunden o usan -- indistintamente ambos términos.

Que, desde el punto de vista de la mujer, se trata de un anticipo de la legítima lo demuestran los siguientes preceptos de la Compilación:

El 26-2, cuando establece que "Cesará para los -- padres la obligación de dotar si la hija incurre en algunos de los hechos señalados como causa de desheredación -- o de indignidad", que son precisamente, los que el artículo 144 Comp. considera como causas de extinción de la --

legítima, salvo el de renuncia, que no se incluye en el -- art. 26 por las razones que se dirán, y el de prescripción porque el mismo precepto 26, en su párrafo tercero, establece que la hija puede en todo caso y tiempo reclamar la dote.

El artículo 27 en cuanto señala el criterio para fijar la cuantía de la dote obligatoria teniendo en cuenta la legítima.

El art. 30 al disponer que la dote obligatoria -- será siempre de libre disposición, en relación con el art. 133 Comp.

El art. 132 que considera la dote imputable a la legítima de los hijos o descendientes.

Y late el carácter legitimario de la dote obligatoria en los siguientes preceptos de la Compilación: 10- en relación con el 65, que permite al cónyuge usufructuario pagar las dotes y legítimas de la herencia con los -- bienes de la misma; el 75-2 en relación con el 77-1, cuando dispone que "Los heredamientos se entenderán siempre -- otorgados por parte del heredante, con reserva de la facultad de dotar y acomodar a sus hijos, por actos inter vivos o por causa de muerte a no ser que a -- estos fines el heredante hubiese excluido bienes del heredamiento, o señalado o asignado otros bienes o dinero, -- en cuyo caso solo podrá disponer de éstos"; el 115, que permite al cónyuge curador pagar dotes y legítimas.

Y por último es reveladora la relación existente entre los a. 26 y 126 Comp., pues ambos admiten el derecho a dote y legítima, respectivamente, a favor de hijas naturales en defecto de hijas legítimas."

- (186).- IACRUZ. Ob. citada. pg. 327.
- (187).- LALINDE. Ob. citada. pg. 27.
- (188).- Código civil. Tomo XXI. pg. 412. y ss.
- (189).- Ob. citada. Tomo V. Volumen 1º. Octava edición. Madrid - - 1.960. pg. 418.
- (190).- Ob. citada. tomo V. vol. 1º. pg. 725.
- (191).- Ob. citada. pg. 339.
- (192).- Fundamentos de Derecho civil. Tomo IV. Volumen I. Barcelona 1.967. pg. 476.
- (193).- Esta es la interpretación más razonable del Proyecto de -- 1.851 y la que da IACRUZ (Obra citada. pg. 338), pero en - GARCÍA GOYENA ("Concordancias, Motivos y Comentarios del - Código civil español". Madrid 1.852. Tomo III. pg. 283) no está del todo claro a pesar de la forma conjuntiva del precepto, que la obligación fuera conjunta, pues dice: "El padre y la madre: cuando la madre suceda al padre en la patria potestad, o él sea pobre y ella rica".
- (194).- Sobre este punto vide J. VALLET DE GOYTISOLO. Apuntes de - Derecho Sucesorio. Separata del ADC. Madrid 1.955. pg. 509.
- (195).- VALLET DE GOYTISOLO cree que su carácter de anticipo obligatorio de legítima es indudable (Obra citada. pg. 508).
- (196).- Arts. 1.269 y 1.271 que dicen, respectivamente:

"El padre y la madre, o el que de ellos viviere, están obligados a dotar a sus hijas legítimas, fuera del -

caso en que necesitando su consentimiento para contraer matrimonio con arreglo a la ley, se casaren sin obtenerlo. - Esta dote consistirá en la mitad de la legítima rigurosa - presunta.

Si la hija tuviere bienes equivalentes a la mitad de su legítima, cesará esta obligación; y si el valor de sus bienes no llegare a la mitad de la legítima, suplirá el dotante lo que faltare.

El Juez hará la regulación sin más investigaciones que la declaración de los padres dotantes, y la de los parientes más próximos de la hija que sean varones y mayores de edad, uno de la línea paterna y otro de la materna."

"Cuando los dos cónyuges constituyeren juntamente la dote a sus hijas o descendientes, deben pagar su importe por mitad, o en la proporción en que respectivamente se obligaron.

Cuando alguno de los cónyuges lo hiciere por sí solo, deberá pagarlo con sus bienes propios.

Esta disposición ha de entenderse sin perjuicio de la contenida en el artículo 1.330."

(197).- GARCÍA GOYENA (Obra citada. pg. 283) dice que "de todos modos la obligación de dotar no alcanza a los abuelos, que nunca tienen patria potestad sobre la nieta y que ya proveyeron al matrimonio de los padres de ella". Como se ve la fundamentación en este autor era doble: basada en el ejercicio de la patria potestad, y en el aspecto económico. Esta última razón desaparecería en el caso que examinamos de nieta huérfana y por tanto legitimaria del abuelo.

- (198).- DE CASTRO. Ob. citada. Tomo II-1. pg. 210, dice: "La con -
traposición entre emancipación y habilitación de edad es -
más nominal que real, ya que sus efectos son los mismos, y
sobre todo, que cuando en el Código se alude al menor eman -
cipado, se refiere tanto al emancipado por concesión como -
al habilitado (art. 19, 200. 1.716)".
- (199).- Sobre este punto vide DE CASTRO. Ob. cit. II-1^a. pg. 233.
- (200).- L. RODRÍGUEZ ARIAS. La tutela. Ed. Bosch. Barcelona 1.954.
pg. 117.
- (201).- LALINDE. Ob. citada. pg. 29.
- (202).- DE CASTRO. Ob. citada. pg. 233.
- (203).- LALINDE. Ob. citada. pg. 43.
- (204).- Ob. citada. Tomo V. vol. 1^a. pg. 418.
- (205).- Ob. citada. pg. 337.
- (206).- V. MAGARIÑOS BLANCO. "Algunos aspectos del régimen de sepa -
ración de bienes en Cataluña", en "Estudios Jurídicos so -
bre la Mujer Catalana". pg. 26.
- (207).- Obra citada. pg. 337.
- (208).- Sobre el carácter de la legítima y las distintas configura -
ciones como "pars valoris", "pars valoris bonorum", "pars -
bonorum", o "pars hereditatis", ver Vallet. Apuntes de De -
recho sucesorio. pg. 92 y ss.
- (209).- El artículo 1.398 del Código civil encierra también una nor -
ma discriminatoria para la mujer, por razón más bien del -
sexo que del matrimonio.

El citado artículo dice: "Los bienes donados o -
dejados en testamento a los esposos, conjuntamente y con -
designación de partes determinadas, pertenecerán como dote

a la mujer y al marido como capital, en la proporción de - terminada por el donante o testador; y a falta de designación, por mitad, salvo lo dispuesto en el artículo 637"; y aunque se refiere a las donaciones a los esposos, y por lo tanto a la mujer casada, antes que a la soltera, queremos decir aquí una palabra, porque la diferencia está basada - no en la superior autoridad del marido, sino: o en el distinto trato que se da al marido y a la mujer, o en un error del legislador.

Que se debe a un error del legislador es la opinión de LACRUZ (La dote. Estudios de Derecho civil. Barcelona 1.958. pg. 313). Este autor considera que la clave para interpretar el precepto está en el artículo 1.316 del Proyecto de 1.851 que es reproducido casi a la letra por - el 1.398 del Código vigente.

Como el Proyecto de 1.851 desconocía los bienes parafernales, todos los bienes de la mujer eran dotales. - Entonces el propósito del artículo 1.316 no apuntaba a la administración y al usufructo de los bienes, sino a su propiedad: el legislador quiso aclarar con aquel precepto que los bienes legados o donados a los cónyuges en las circunstancias que en él se expresan no son bienes comunes, sino - propios por mitad.

En cambio al mantener el contenido de aquella -- norma el art.1.398 del Código civil, en el que existen bienes parafernales o privativos de la esposa, y bienes dotales, se comete la injusticia de atribuir por ley el usufructo de la mitad indivisa correspondiente a la mujer, a-

su marido.

Y concluye IACRUZ que para evitar esa situación de injusticia y por la misma aparición histórica del precepto, no debe interpretarse el artículo 1.398 como un caso de constitución tácita de dote, sino que "los bienes en él aludidos deben considerarse parafernales, conforme a la regla general, a menos que el donante haya especificado -- que deben formar parte de la dote".

Que esta postura es la única justa, y que de lege ferenda esa debe ser la solución nos parece indudable. Sin embargo algo más dudoso resulta declarar que ese es el sentido del artículo 1.398, o que si se plantea la discusión sobre su aplicación vaya a ser esa la solución jurisprudencial.

El artículo 1.398 en nuestra opinión, encierra un caso más de discriminación por razón del sexo, ya que el trato que se da a los bienes que reciben marido y mujer es notablemente distinto.

Mientras el marido hace suyos sin limitación alguna su parte de bienes donados, la mujer los recibe sometidos al régimen de la dote, sin duda de la inestimada, -- con las limitaciones que esto lleva consigo. La dicción -- del artículo 1.398 es tan clara que no creemos que pueda prevalecer la tesis, en todo razonable, de IACRUZ, frente a la disposición de dicho precepto.

Y a pesar de la falta de jurisprudencia y comentarios doctrinales sobre el citado artículo, su trascendencia podría ser grande, porque no son tan extrañas las dona

ciones o disposiciones testamentarias hechas conjuntamente a ambos esposos. Lo más aconsejable será, ante el equívoco o injusto criterio que parece presidir el artículo 1.398, que puesto que la mayoría de las disposiciones testamentarias, y la totalidad de las donaciones de inmuebles se hacen en escritura pública, que los Notarios adviertan de la existencia del artículo 1.398, para que el donante o testador sepa a qué atenerse y determine con claridad el carácter que quiere que tengan los bienes que atribuye a la mujer.

(210).- Sobre la dote en general vide bibliografía citada en CASTÁN. pg. 390 y ss.

(211).- Sobre la dote estimada en D. romano vide BONFANTE. Obra citada. pg. 309, que afirma que la dote estimada se resuelve en una venta seguida de la constitución en dote del precio.

(212).- BONFANTE. Ob. citada. pg. 287. "La dote presupone necesariamente el matrimonio, en cuanto justifica la adquisición de los bienes transmitidos de la mujer o de otro por ella al marido al fin de sostener las cargas del matrimonio" -- (ad sustinenda onere matrimonii).

(213).- CASTÁN. Obra citada. V. 1ª Octava edición. pg. 396. dice:- "Se inspira la dote en un principio de justicia, cual es -- repartir por igual las cargas matrimoniales entre los dos cónyuges, y realiza una doble utilidad social: facilitar -- los matrimonios y mejorar la condición de la mujer. Las censuras que se dirigen a la dote se fundan, más bien que en su fondo esencial, en los desenvolvimientos legislativos -- de que es la institución susceptible, discutiéndose el --

principio de la dote obligatoria, el de la dote inalienable, etc., así como también el punto mismo de si debe merecer esta institución en el Derecho moderno, desaparecidas las peculiaridades que en otro tiempo la distinguieron, -- los honores de una reglamentación especial".

- (214).- BORRELL. Derecho vigente en Cataluña. Tomo IV. pg. 199.
- (215).- Sobre la forma de entenderse los arts. 60 y 61 por la doctrina más moderna vide M. DE LA CÁMARA "Capacidad patrimonial de la mujer casada" en Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas. Tomo VI. pg. 95. Ed. V. de Navarra. Pamplona 1.969.- Estamos de acuerdo con su tesis de que la doctrina más autorizada en la actualidad entiende que la representación de la mujer por el marido tiene -- su campo de actuación preferente en la esfera judicial, y -- que incluso en este terreno no puede ejercitarse contra la voluntad de la mujer que de suyo no es una incapaz y a la -- que no puede, por tanto, imponerse un representante legal. pg. 103. nota 9.
- (216).- Obra citada. pg. 20.
- (217).- Obra citada. pgs. 244 y ss.
- (218).- Derecho de familia. El matrimonio y su economía. Bosch. -- Barcelona 1.963. pg. 341.
- (219).- Ob. citada. Tomo I. pg. 607.
- (220).- Ob. citada. Tomo I. pg. 207.
- (221).- Sobre el concepto de derecho subjetivo como "interés jurídicamente protegido", o sobre las otras formas de concebir el derecho subjetivo vide DE CASTRO. Ob. citada. Tomo I. -- pg. 632 y ss.

(222).- Obsérvese la diferencia entre los artículos 1.386 y 1.357- del Código civil.

Obsérvense también las facultades que en orden a la administración de los parafernales no entregados al marido tiene la mujer. CÁMARA en "La capacidad patrimonial de la mujer casada". Obra citada. pg. 138, dice que "la mujer puede explotar directamente sus propios bienes, y está consecuentemente capacitada para ... la venta o enajena -- ción de los frutos que se obtengan para pagar gastos y establecer el beneficio líquido. Solo respecto a éste tiene- el marido derecho a exigir la entrega para incorporarlo a- la masa ganancial, pues como ha recordado la Jurispruden - cia la mujer no es una simple recaudadora de frutos y ren- tas".

(223).- Ya que la tesis de E. ROCA. pg. 247, de que en Derecho cas tellano el problema es menor, porque los frutos de los bie nes parafernales se hacen gananciales, y por tanto el mari do tiene con ello una ayuda para soportar cómodamente las- cargas matrimoniales, lo cual no sucede en el régimen cata lán de separación, si bien es cierta, no elimina todo el - daño sufrido por el marido por la no constitución de la do te, según hemos visto al comparar el régimen de los bienes dotales y parafernales.

(224).- La Sentencia de 18 de Diciembre de 1.951 declaró que "el - Art. 1.340, siguiendo la trayectoria marcada por la legisla ción tradicional, impone a los padres, en principio, la -- obligación de dotar a sus hijas legítimas, coexistiendo -- así en nuestro sistema de organización matrimonial la dote

voluntaria y la necesaria u obligatoria, regulada esta última como ayuda de la mujer al sostenimiento del nuevo hogar, por el artículo 1.341, que limita su cuantía a la mitad de la legítima rigurosa presunta, poniendo así tope a la dote obligatoria en términos similares a los establecidos anteriormente en el Derecho patrio ..., como medio de evitar los daños y desórdenes a que pueden conducir las dotes excesivas, y así resulta que si la Sala de instancia estimó probado el hecho de que la cuantía de la dote prometida a su hija por el padre demandado puede sobrepasar el tope de la mitad de la legítima, según afirmó el padre al hacer el ofrecimiento, no cometió la infracción del art. 1.341, que acusa el primer motivo del recurso, sino que lo aplicó correctamente al declarar que si lo ofrecido excediese de dicha mitad presunta de legítima estricta, regirán en cuanto al exceso las normas de la dote voluntaria, ni ha infringido el mismo precepto legal al disponer que la determinación de la cuantía de la dote obligatoria a efectos de aseguramiento, se lleve a efecto en acto de jurisdicción voluntaria, y no en el juicio declarativo de mayor cuantía en tramitación, que es, precisamente, lo que dispone el mencionado artículo, sin duda inspirado en el deseo de idear un procedimiento judicial que no altere, en lo posible, la paz que debe reinar en el seno de la familia, o le ocasione el quebranto menor e inevitable, incluso prohibiendo la pesquisa de la fortuna del padre y dejando al buen criterio del Juez la fijación de la cuantía de la dote necesaria, previa mera audiencia del padre o madre

dotantes y de los dos parientes más próximos de la hija, - y si este procedimiento pudiera merecer algún reparo en Derecho constituyente en casos como el de autos, en que iniciado un juicio de mayor cuantía sobre obligación de dotar y sobre garantía de la obligación, existen motivos de economía procesal que amparan una declaración del montante de la dote necesaria dentro del mismo juicio, es lo cierto -- que los Tribunales habrán de atenerse estrictamente en sus resoluciones al Derecho constituido si éste les marca la norma de aplicación al caso enjuiciado"; y la de 23 de -- Abril de 1.956 declaró "el precepto aludido tiende a conseguir que, surgida la discrepancia sobre la cuantía de la dote, las relaciones paterno filiales continúen en lo posible dentro de la normalidad, sin hondas perturbaciones, y atribuye a la autoridad judicial la decisión, sin concederle el carácter de contienda, sino más bien un arbitrio prudente donde, con los únicos elementos que señala, quede determinada cuál sea la mitad de la legítima rigurosa presunta señalada a la dote forzosa". Insistió en que "sin desvirtuar la expresión terminante del legislador al prohibir la pesquisa de la fortuna de los padres, no existe posibilidad de practicar la valoración de los bienes, ni sostener existan otros distintos a los fijados por el Tribunal de instancia, en uso de sus facultades"

(225).-- Vide sobre este punto CASTÁN. Ob. citada. Tomo I. pg. 332. y DE CASTRO. Ob. citada. Tomo I. pg. 601 y la bibliografía citada por ellos.

(226).-- F. FERRER "Comentarios", tempus I. decl. I, núms. 39-40, -

citado por Magariños, ob. cit. pg. 24, nota 30.

(227).- En Derecho catalán no existe unanimidad en la doctrina sobre la posibilidad de que la mujer renuncie a la dote. E.-ROCA (Ob. citada. pg. 247) cree que la mujer puede renunciar a la dote, si bien en este caso, para compensar el perjuicio que se produce al marido, considera que los frutos de los parafernales contribuirán directamente al sostenimiento de las cargas del matrimonio; y LALINDE (obra citada, pg. 45) también opina que, aunque en Derecho histórico existían dificultades para la validez de esta renuncia, en la actualidad, habrá que estar sobre todo a lo dispuesto en el Código civil sobre capacidad; y que si la hija es mayor de edad no habrá ningún inconveniente en que renuncie a la dote, sin que esa renuncia implique renuncia a la legítima.

En cambio MAGARIÑOS (obra citada, pg. 23 y 24) - considera que la mujer no puede renunciar a la dote, en cuanto de ésta se derivan unos derechos a favor del marido. Por ello cualquier renuncia por parte de la mujer debe estimarse ineficaz en lo que pueda afectar a su marido.

(228).- Sobre este punto y a favor de la posibilidad de renuncia véanse las resoluciones de la Dirección General de los Registros de 25 de Agosto de 1.925, 13 de Julio de 1.911 y 25 de Noviembre de 1.942. En cambio mantuvo el criterio opuesto la resolución de 19 de Julio de 1.922. Vide también LACRUZ-ALBALADEJO, Derecho de Sucesiones. Parte general. Barcelona 1.961. pg. 326.

(229).- Obra citada. Parte general II-1. pg. 220.

- (230).- Ob. citada. Tomo XVIII. pg. 401.
- (231).- Ob. citada. Tomo VI. Vol. III. pg. 1.771.
- (232).- No parece tan decidida la opinión de otros autores. Por -- ejemplo LACRUZ-ALBALADEJO. Obra citada. pg. 326.
- (233).- LACRUZ. Estudios de Derecho civil. Bosch. Barcelona 1.958. pg. 341, cree que si estimara conveniente mantener la dote obligatoria, lo lógico sería que la obligación correspon - diera a ambos padres y que la base del cómputo de su cuan - tía, fuera la fortuna familiar.
- (234).- Que ha sido prácticamente eliminada hace muchos lustros de casi todas las legislaciones. No la reguló el BGB sustituyéndola por la entrega a la hija del ajuar de casa. La eli - minó el C. civil suizo a pesar de existir precedentes de - ella en su legislación anterior. Y el Código francés y el - italiano en el siglo XIX tuvieron ya el buen acuerdo de no incluirla en su articulado.
- (235).- Y que si no ha originado más daños ni pleitos ha sido por el buen sentido de la práctica, que ha prescindido prácti - camente de esta figura. Es curioso que sí lo reconocen ex - plícitamente algunos autores, con lo que vienen a recono - cer la ventaja de que esas normas no se apliquen. PUIG BRU - TAU textualmente dice: "Es preciso advertir que la falta - de aplicación práctica de estas reglas sobre dote obligato - ria, en la mayoría de los casos, evita las consecuencias - de sus imperfecciones" (obra citada. pg. 478).
- (236).- Obra citada. pg. 418.
- (237).- Ob. citada. pg. 338.
- (238).- Ob. citada. pg. 467.

- (239).- Ésta es la postura que mantuvo GARCÍA GOYENA con referen -
cia al proyecto de 1.851.
- (240).- Ob. citada. pg. 341.
- (241).- Éste es también el criterio de R. AGUILERA-PERE RALUY en -
Derecho de Arrendamientos Urbanos. Tomo I. Ed. Bosch. Bar-
celona 1.956. pg. 777.
- (242).- Sobre este punto vide: VILLAVICENCIO. Discurso de recep --
ción en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Bar-
celona, y POLO, Discurso de contestación, en la R.J. Cata-
luña.- FAUS-CONDOMINES. Derecho civil especial de Cataluña.
Barcelona 1.960. pg. 347 y ss.
- (243).- "Algunas observaciones sobre los artículos 321 y 322 de la
Compilación"; en Estudios jurídicos sobre la mujer catala-
na. pg. 331.
- (244).- En contra también de esta institución FAUS en la conferen-
cia citada. pg. 46.
- (245).- LATORRE. Ob. citada. pg. 344.
- (246).- Sobre la humanización y ampliación de los derechos de la -
viuda vide FAUS. Conferencia citada. pg. 45.

Sobre el año de luto vide J. GASSIOT MAGRET. Co-
mentarios a la Compilación del Derecho civil especial de -
Cataluña. Bosch 1.962. pg. 39 y 40.

- (247).- A. QUINTANO RIPOLLÉS. Curso de Derecho Penal. Tomo II. Ed.
RDP. Madrid 1.963. pg. 347.
- (248).- J. M. RODRÍGUEZ DEVESA. Derecho Penal Español. Parte espe-
cial. 3ª ed. Madrid 1.969. pg. 163, y A. GROIZARD. El Códⁱ
go penal de 1.870 concordado y comentado. Madrid. Tomo V.-
pg. 83. Este autor sin embargo hace ya más de 70 años, si-

bien lo estimaba indudable con la redacción del Código, lo criticaba de lege ferenda.

(249).- En este sentido el Código penal italiano en sus artículos- 519 y 520 no impone que sea una mujer el sujeto pasivo de este delito. La doctrina se ha dividido, y mientras la mayor parte entiende que no es necesaria la diversidad de se xo (MANZINI. Trattato. V. VII. n. 2542), otros creen que so lo se da este delito atentando a una mujer (F. ANTOLISEI.- M. di Diritto Penale. P. Speciale. Tomo I. Milano 1.960. - pg. 371). El Tribunal Supremo italiano ha declarado repetida y claramente que puede darse este delito cualquiera que sea el sexo del violentado, y los partidarios, por tanto, - de lo que pudiéramos llamar concepción tradicional, como - el mismo ANTOLISEI, reconocen ante ello que el sujeto pasivo puede ser tanto de sexo femenino como masculino.

(250).- Obra citada. pg. 357.

(251).- J.F. PACHECO. El Código penal. Madrid 1.856. Tomo III. pg. 130.

(252).- R. DEVESA. Ob. citada. pg. 168.

(253).- Sobre este punto vide R. DEVESA. pg. 169.

(254).- Q. RIPOLLÉS. Obra citada. pg. 393.

(255).- El Comité de Ministros del Consejo de Europa en su reunión de 19 de Septiembre de 1.972, ha aprobado una Resolución - por la que se recomienda a los Gobiernos de los Estados -- miembros bajar la mayoría de edad de modo que sea inferior a los 21 años, y más concretamente fijarla, si dichos Go - biernos lo estiman oportuno, en los 18 años, dejando a salvo la posibilidad de mantener una edad más elevada de capa

cidad para ciertos actos referentes a materias en que se considere que se requiera una mayor madurez.

(256).- Nos parece mucho más razonable la solución del derecho italiano que entiende que hay estupro (seduzione con promessa di matrimonio) cuando la mujer es menor y el seductor la induce a error sobre su propio estado, es decir se hace pasar por soltero siendo casado. Como dice MANZINI (ob. citada. n. 2857) "se evita así el peligro de engaño de los hombres que puedan ser víctimas de la malicia de las mujeres y de sus familias".

(257).- Q. RIPOLLÉS. Obra citada. pg. 359.

(258).- F. ANTOLISEI. Manuale di Diritto Penale. Parte Speciale. - Tomo I. 4ª ed. Milano 1.960. pg. 382.

(260).- Sobre el infanticidio vide Q. RIPOLLÉS. "Tratado de la parte especial del Derecho Penal". Ed. RDP. 1.962. Tomo I. -- pg. 407 y ss.

(261).- Obra citada. pg. 64.

(262).- Fue BECCARIA en su famosa obra "Dei delitti e delle pene", quien puso de relieve la necesidad de una regulación más benigna. Y en su tiempo tenía absoluta razón. Pero releer ahora sus argumentos resulta curioso: "Quien se encuentra entre la infamia y la muerte de un ser incapaz de sentir el daño, como no preferirá ésto, a la miseria infalible a que será expuesta élla y el infeliz fruto".

(263).- De posible explicación en la época en que la "deshonra" -- caía como una losa sobre la culpable y su familia, en que se encerraba a la culpable que solo podía salir a la misa del alba, en que la familia entera se veía afectada por --

esa situación. Conviene de una parte no olvidar aquella si tuación que podrá explicar la reacción para evitarla, y de otra considerar el enorme cambio habido y la desaparición en la mayoría de los casos, o considerable atenuación, de las consecuencias infamantes de la "deshonra".

(264).- Es curioso, que en Italia donde a veces la noción de la -- honra es todavía más exagerada que en España, se puede -- aplicar el trato más benigno del infanticidio no solo a la madre y a los abuelos maternos, sino a los ascendientes, -- descendientes, hermanos y hermanas, los tíos y los sobri -- nos.

(265).- Si bien la Sentencia del Tribunal Supremo que declaró in -- fanticida y no parricida a la mujer casada, que, habiendo -- dado a luz a los cuatro meses del matrimonio mató al hijo, pese a que el marido conocía y se había conformado con el -- estado de embarazo es de 1.880 y ha sido justamente criti -- cada por la doctrina (Q. RIPOLLÉS. Tratado. pg. 452).

(266).- Sobre el aborto vide Q. RIPOLLÉS. Tratado. Tomo I. pg. 471 y ss.

(267).- Recuérdense: 1/ las recientes legislaciones escandinavas e inglesa, que no solo penan, sino que incluyen dentro de -- las operaciones cubiertas por la seguridad social, el abor -- to hasta los tres o seis meses de embarazo, según los di -- versos países. 2/ el reciente escándalo producido en Fran -- cia con ocasión del aborto de una joven de diecisiete años, que originó una reacción en contra de la legislación vigen -- te que lo castiga, con declaraciones públicas de médicos, -- e incluso de tres premios Nobel, opuestos a la condena. --

3/ la aprobación con fecha 6 de Junio de un nuevo proyecto de ley por el Consejo de Ministros francés autorizando en ciertos casos el aborto; y la reacción en contra de dicho proyecto de más de diez mil médicos franceses que se opo - nen a la legalización del aborto. y 4/ sobre todo las de - claraciones de Pablo VI, siempre naturalmente opuestas a - las tendencias legalizadoras del aborto, hechas en diver - sas ocasiones, una de las últimas con ocasión del Via Cru - cis de la Semana Santa de 1.973.

(268).- Es idéntica la solución del Derecho italiano donde se dis - tingue el adulterio (para la mujer) y el concubinato (para el marido) que se regulan en dos artículos distintos: el - 559 y el 560. En cambio otros Códigos, por ejemplo, el sui - zo, no distingue en su artículo 214 entre el adulterio de - la mujer y del marido.

En el Derecho francés también se trata de manera distinta el adulterio de la mujer y del hombre. Para aqué - lla basta con que se dé el comercio carnal entre dos perso - nas de sexo diferente, una de las cuales esté casada váli - damente (art. 336 C. Penal). En cambio el hombre solo es - culpable de adulterio en el caso de que mantenga una concu - bina dentro de la casa conyugal (art. 339 C. Penal). Es de - cir que es aún más diferente el régimen, y más beneficioso para el hombre, que en el mismo Derecho español. Por si -- eso fuera poco la penalidad es también diferente: pena de - multa para el adulterio del varón, y de privación de liber - tad para el adulterio de la mujer.

En el Derecho belga y de Luxemburgo la solución-

es la misma que en el Derecho francés, con la única diferencia de que la pena para el adulterio del varón es también de privación de libertad.

(269).- Obra citada. pg. 387.

(270).- La solución igualitaria o de idéntico trato para el adulterio de hombre o mujer es en cambio la del Código penal portugués y griego. (Les tendances contemporaines concernant la repression du delit d'adultère. C. HADJIYANNAKIS. Thessalonica 1.969).

Y naturalmente son también igualitarias todas -- las posiciones doctrinales y legislativas que son partidarias de la abolición del adulterio como delito.

(271).- Desde un punto de vista histórico la evolución en nuestro Derecho ha sido la siguiente, a grandes rasgos:

El título IV, Ley I^a, del Fuero Juzgo disponía -- que "si el adulterio fuere hecho de voluntad de la mujer, -- la mujer y el adulterador sean metidos en la mano del marido, é faga de ellos lo que se quisiere".

En las Partidas no existe tal delito por parte -- del marido. El motivo de tal discriminación o desigualdad -- radica, según las Partidas, en que "tovieron por derecho -- los savios antiguos por muchas razones; la una, porque del adulterio que face el varón con otra mujer, non nasce daño ni deshonra a la suya; la otra porque del adulterio que -- ficiese la mujer con otro, finca el marido deshonorado recibiendo la mujer a otro en su lecho; et demás, porque del -- adulterio que ficiese ella puede venir al marido muy gran -- daño, ca si se empenase de aquel con quien fizo el adulte

rio, vernie el fijo extraño heredero en uno con los sus fijos; lo que non avernie a la mujer del adulterio que el marido ficiese con otra".

La razón de la desigualdad estriba, pues, en el peligro que representa -dice GARCÍA GOYENA en 1.843- el que la adúltera quedando preñada introduzca un hijo y heredero extraño en la familia y bienes, lo que no puede acontecer con el marido.

Con arreglo a la Novísima Recopilación, la pena consistía en poner a ambos en poder del marido para que hiciese con ellos y sus bienes lo que quisiese con tal de -- que no mate a uno y deje vivo al otro; penalidad tomada, -- en definitiva, del Fuero Juzgo, en el que es frecuente -- atisbar la pena de poner al ofensor en poder del ofendido, siguiendo en esto los dictados de los pueblos bárbaros.

El Código penal de 1.928 estableció en su artículo 620: "La mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella sabiendo que es casada, aun cuando se declare posteriormente nulo el matrimonio, incurrirán en la pena de uno a tres años de prisión.- En la -- misma pena incurrirán el marido que tuviere manceba en la casa conyugal o fuera de ella, con escándalo, y la mance -- ba"; y en el 523: "A quien, sin estar separado legalmente ni de hecho de su cónyuge, sorprendiere a éste en actos de adulterio, salvo el caso de que, aunque fuera tácitamente, lo hubiera consentido, y en el acto matare o hiriere a -- cualquiera de los adúlteros o a ambos, se le impondrá por el Tribunal una pena inferior a la señalada por la ley que

estime adecuada, a su prudente arbitrio, al cual podrá también decidir si la concena ha de dejar de ser inscrita en los Registros de antecedentes penales".

El Código penal de 1.932 eliminó el delito de -- adulterio de su articulado.

El Código penal de 1.944 volvió a incluirlo recogiendo una ley de 11 de Mayo de 1.942 que modificaba el -- texto de 1.932 y dispuso en sus artículos 449: "El adulterio será castigado con la pena de prisión menor.-- Cometendo adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido, y el que yace con ella, sabiendo que es casada, -- aunque después se declare nulo el matrimonio" y el 452: -- "El marido que tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella, será castigado con prisión menor.-- La manceba será castigada con la misma pena o con la de destierro", y volvió a introducir en su artículo 428: -- "El marido que, sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves, será castigado con la pena de destierro.-- Si les produjere lesiones de -- otra clase, quedará exento de pena.-- Estas reglas son aplicables, en análogas circunstancias, a los padres respecto de sus hijas menores de veintitrés años y sus corruptores, mientras aquéllas vivieren en la casa paterna.-- El beneficio de este artículo no aprovecha a los que hubieren promovido, facilitado o consentido la prostitución de sus mujeres o hijas", la absurda "autorización para matar" en forma aún más rigurosa que se contenía en el Código de 1.928.

Y por fin en la última redacción, si bien desapareció la bárbara norma de dar muerte a la culpable, ha quedado el trato desigual para hombre y mujer, como hemos visto.

(272).- R. DEVESA. Ob. citada. pg. 182 dice: "En un país donde el matrimonio es indisoluble y se concede primordial importancia a la familia, no puede desconocerse que el mantenimiento del delito dificulte la reconciliación, constantemente repetida en la realidad, de los cónyuges y contribuye a -- romper irremediabilmente los lazos familiares". Y él es -- partidario de la supresión de esas figuras.

(273).- En este sentido MANZINI. Ob. citada. n. 2766.

Sobre un examen en la doctrina y Derecho comparado de la tendencia abolicionista del adulterio vide C. HADJIYANNAKIS. Obra citada. pg. 73 y ss. en donde se recogen las últimas posiciones sobre este punto.

Desde un punto de vista doctrinal los argumentos en contra del adulterio como delito son, muy resumidos, -- los siguientes: 1. El adulterio es un asunto privado. 2.- El adulterio no atenta a la moralidad pública. 3. Las sanciones penales son injustas por arbitrarias y por no responder a móviles aceptables. 4. Las sanciones penales son ineficaces; no sirven para proteger a la familia ni tienen valor como procedimiento preventivo o disuasorio del delito. 5. Las sanciones penales son muy poco aplicadas o -- aplicadas en los grados más leves por los Tribunales. 6.- Las sanciones civiles: causa de divorcio e indemnización, -- son suficientes.

Desde un punto de vista legislativo no se considera el adulterio como delito en los países anglosajones, en todos los de la Common Law y en los Estados Unidos; en los países socialistas; y en los países escandinavos; y en otros aislados como por ejemplo Uruguay y Japón.

(274).- QUINTANO RIPOLLÉS. Obra citada. pg. 361.

(275).- En este mismo sentido RUIZ VADILLO (Contribución al estudio de la reforma del Código penal. Madrid 1.962) cree que se podría incluir este caso por vía de interpretación del art. 436, entendiendo por "iguales circunstancias" solo el abuso de la situación de angustiosa necesidad, el engaño, pero no la víctima. Sobre la necesidad de la reforma ya se habló mucho al redactar estos preceptos, y la necesidad de que tales hechos no quedaran impunes se puso de relieve en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 1.899!.

(276).- QUINTANO RIPOLLÉS. Ob. citada. pg. 377.

(277).- QUINTANO RIPOLLÉS. Obra citada. pg. 339.

(278).- Lo cual es completamente discutible en términos generales, ya que puede darse ataques de un varón más joven, más débil, o de inferiores condiciones físicas, a una mujer mayor, más fuerte, o mejor preparada físicamente.

- - - - -